

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE
SINIRLAMANIN SINIRI VE HAKKIN ÖZÜ**

Yüksek Lisans Tezi

HALİL İBRAHİM KILIÇ

İSTANBUL, 2012

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE
SINIRLAMANIN SINIRI VE HAKKIN ÖZÜ**

Yüksek Lisans Tezi

HALİL İBRAHİM KILIÇ

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. ELİF KÜZECİ

İSTANBUL, 2012

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı : Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özü
Öğrencinin Adı Soyadı : Halil İbrahim KILIÇ
Tez Savunma Tarihi : 10.09.2012

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Prof. Dr. Selime SEZGİN
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Elif KÜZECİ

Ek Danışman

Üye
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL

Üye
Yrd. Doç. Dr. Didem YILMAZ

ÖZET

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE SINIRLAMANIN SINIRI VE HAKKIN ÖZÜ

Halil İbrahim Kılıç

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Elif KÜZECİ

Eylül - 2012, 167 Sayfa

Sınırsız bir özgürlüğün anarşiyi doğurduğu, sınırsız bir devlet otoritesinin ise hak ve özgürlükleri boğduğu bir düzlemde, temel hak ve özgürlüklerin veya devlet otoritesini temsil eden organların serbestisine bir sınır çizmek gerekecektir. O nedenle, nasıl ki bireyin sınırsız hak ve özgürlüğe sahip olması düşüncesi imkânsızsa, bunun karşılığında devlet otoritesini kullanan organların da sınırsız bir keyfiyete sahip olması imkânsız olmalıdır.

“Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özü” adlı bu çalışmamızda; temel hak ve özgürlüklerin doğuşuna ve ülkemizde süregelen gelişimine değindikten sonra, modern Anayasalarda sınırlanmasının sınırını oluşturan güvencelerle donatılmasını konu olarak işleyeceğiz. Ülkemizde meydana gelen Anayasal değişimler neticesinde “temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimindeki” farklılıklar dile getirilip, Alman ve Türk Anayasa Hukuku’nda “hakkın özü” ilkesinin uygulama alanları karşılaştırmalı olarak tespit edilecektir. Ayrıca sivil toplum kuruluşlarının yeni Anayasa konusunda sundukları öneriler eleştirel bir bakış açısıyla mercek altına alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Temel Hak ve Özgürlükler, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasının Sınırı, Hakkın Özü, Yeni Anayasa.

ABSTRACT

THE LIMIT OF THE RESTRICTIONS AND THE CORE OF RIGHT IN FUNDAMENTAL RIGHTS AND LIBERTIES

Halil İbrahim Kılıç

Master of Public Law

Thesis Advisor: Elif KÜZECİ, Assistant Professor Doctor

September – 2012, 167 Pages

An unrestricted liberty creates anarchy while an unrestricted state authority suffocates rights and liberties of people, therefore, a line should be drawn to define basic right and liberties of individuals and the liberty of bodies representing the state authority. Neither individuals nor state bodies could have unlimited rights and liberties.

In our study titled “The Limit of the Restrictions and the Core of Right in Fundamental Rights and Liberties”, we will start by explaining the birth of fundamental rights and liberties. You will then be presented how they have developed in our country. We will also discuss how, in modern constitutions, fundamental rights and liberties were furnished with guarantees that form the limit of the restrictions.

In our thesis, we will investigate how the restriction approach to the fundamental rights and liberties has changed following the constitutional changes in our country. We also compare the practice of the core of right principle in German and Turkish law. We, then, scrutinize the suggestions of NGOs for the new constitution.

Keywords: Fundamental Rights and Liberties, Restriction of Fundamental Rights and Liberties, Limit of the Restriction of Fundamental Rights and Liberties, Core of Right, New Constitution.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	viii
1. GİRİŞ.....	1
2. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER.....	2
2.1 TARİHSEL GELİŞİM.....	2
2.1.1 Temel Hak ve Özgürlüklerin Doğuşu ve Gelişimi.....	2
2.1.1.1 Batıda temel hak ve özgürlüklerin doğuşu ve gelişimi.....	3
2.1.1.2 Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin doğuşu ve gelişimi.....	11
2.1.2 Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvenceye Alınması ile Devlet Otoritesinin Sınırlandırılması.....	20
2.1.2.1 Devlet otoritesinin sınırlandırılması	20
2.1.2.2 Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması.....	24
2.2 TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI.....	29
2.2.1 Sınırlama Rejimleri.....	30
2.2.1.1 Önleyici rejim.....	30
2.2.1.2 Düzeltici rejim.....	32
2.2.2 Sınırlama Yöntemleri.....	33
2.2.2.1 Anayasayla sınırlama.....	33
2.2.2.2 Yasayla sınırlama.....	34
2.2.2.3 Yargısal sınırlama.....	36
2.3 ULUSLAR ARASI DÜZENLEMELERDE VE TÜRK ANAYASALARINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI.....	37
2.3.1 Uluslararası Belgelerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	38
2.3.2 Türk Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	42
2.3.2.1 1961 Anayasası öncesi dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması.....	42

2.3.2.2 1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması.....	43
2.3.2.3 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin Sınırlanması.....	46
3. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASININ SINIRI....	49
3.1 TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE SINIRLAMANIN SINIRI KAVRAMI VE ÖLÇÜTLERİ	49
3.1.1 Genel Olarak “Sınırlamanın Sınırı” Kavramı.....	49
3.1.2 Anayasalarımızda Sınırlamanın Sınırı Ölçütleri.....	51
3.2 1982 ANAYASASI'NDA SINIRLAMANIN SINIRI.....	54
3.2.1 2001 Yılı Anayasa Değişikliği Öncesi Dönemde Sınırlamanın Sınırı.....	55
3.2.2 2001 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrasında Sınırlamanın Sınırı...57	
3.3 1982 ANAYASASI'NDA SINIRLAMANIN SINIRI ÖLÇÜTLERİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLER.....	60
3.3.1 Eski ve Yeni Şeklin Benzerlikleri	60
3.3.1.1 Sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceği.....	61
3.3.1.2 Sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması zorunluluğu.....	67
3.3.1.3 Sınırlamanın Anayasanın ilgili maddesinde yer alan “özel” sınırlama nedenlerine dayanması gerektiği.....	71
3.3.1.4 Sınırlamanın “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı” kuralı.....	75
3.3.2 Değişiklik Sonrası Yeni Şeklin Getirdiği Yenilikler ve Kaldırdığı Ölçütler.....	78
3.3.2.1 Yeni şeklin getirdiği yenilikler.....	78
3.3.2.1.1 “Hakkın özü” kavramının vurgulanması.....	79
3.3.2.1.2 Ölçülülük ilkesi	81
3.3.2.1.3 “Laik Cumhuriyetin gerekleri” ölçütü	89
3.3.2.2 Yeni şeklin kaldırdığı ölçütler	95
3.3.2.2.1 Genel sınırlandırma nedenleri.....	95
3.3.2.2.2 Sınırlamanın, öngörüldüğü amaç dışında Kullanılmayacağı.....	99

4. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖZÜ VE YENİ ANAYASA ÖNERİLERİ	103
4.1 HAKKIN ÖZÜ KAVRAMININ DOĞUŞU VE 1982 ANAYASASININ 13. MADDESİNE YANSIMASI	103
4.1.1 Federal Alman Anayasası'nın 19/2. Maddesi.....	103
4.1.2 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi Ve “Çekirdek Alan.....	106
4.2 HAKKIN ÖZÜ GÜVENCESİNE İLİŞKİN YARGISAL İÇTİHATLAR	109
4.2.1 Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı.....	110
4.2.2 Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı.....	114
4.3 FORMÜLLERDE FARKLILIK – HÜKÜMLERDE ÖZDEŞLİK.. ..	119
4.3.1 Federal Alman Anayasası'nın 19. Maddesi ile 1982 Anayasası'nın 13. Maddesinin Karşılaştırılması.....	119
4.3.2 Alman ve Türk Anayasa Mahkemelerinin Hakkın Özüne Yönelik Görüşlerinin Karşılaştırılması.....	122
4.4 YENİ ANAYASA ÖNERİLERİ KAPSAMINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI PROBLEMİ	126
4.4.1 TBB Anayasa Önerisi.....	127
4.4.2 TESEV Anayasa Önerisi.....	130
4.4.3 TUSİAD Anayasa Önerisi.....	131
4.4.4 TOBB Anayasa Önerisi.....	133
5. SONUÇ	136
KAYNAKÇA	143

KISALTMALAR

age.	: Adı Geçen Eser
agk.	: Adı Geçen Kaynak
agm.	: Adı Geçen Makale
agt.	: Adı Geçen Tez
AB.	: Avrupa Birliği
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm. AY.	: Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası
Alm. AYM.	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi
Alm. İd. Mhk.	: Federal İdare Mahkemesi
Alm. Tem. Mhk.	: Federal Temyiz Mahkemesi
ASS.	: Avrupa Sosyal Şartı
AY.	: Anayasa
AYD.	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Bkz.	: Bakınız
BVerfGE.	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararı
C.	: Cilt
DGM.	: Devlet Güvenlik Mahkemeleri

E.	: Esas Sayısı
EHFD.	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHEB.	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİBF.	: İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
K.	: Karar Sayısı
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
KT.	: Karar Tarihi
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa Sayısı
S.	: Sayı
SDE.	: Stratejik Düşünce Enstitüsü
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TESEV.	: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
TOBB.	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TÜSİAD.	: Türkiye Sanayiciler ve İşadamları Derneği
vd.	: Ve Devamı
ve diğ.	: Ve Diğerleri

1. GİRİŞ

Temel hak ve özgürlük kavramı, bireyin devlet otoritesini temsil edenlere karşı mücadele etmesiyle ortaya çıkmıştır. Devlet otoritesi ile bireyin özgürlüğü arasındaki bu mücadele, temel hak ve özgürlüklerin sahibi olduğu birey tarafından elde edilene kadar da, tarihsel süreç içerisinde devam etmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Anayasalarda temel hak ve özgürlüklere sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler adı altında yeni hakların ilave edilmesinin yaygınlaşması ile birlikte; bu süreç tersine dönmüş, artık devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale etme ihtiyacı ya da beklentisi bireyin kişiliğini geliştirmesi açısından devletten istenir olmuştur.

Gerek birey tarafından elde edilen gerekse de devlet tarafından verilen her temel hak ve özgürlüğün sınırsız bir kullanımının olması nasıl ki imkânsız ise, devlet otoritesinin baskısı altında can çekişen bir temel hak ve özgürlük kavramının olması da mümkün olamayacaktır. Birinci ihtimalde sınırsız bir özgürlüğün anarşiyle kucaklaştığı, ikinci ihtimalde ise sınırsız bir devlet otoritesinin özgürlüklerle boğuştuğu bir toplumsal yapının oluşmasına sebep olunacaktır. İşte bu kaçınılmaz gerçekten yola çıkarak bu çalışmamızın konusunu; -özgürlüğün temel, sınırlamanın ise istisna olduğu bir anlayışla- temel hak ve özgürlüklerde sınırlamanın sınırı ve hakkın özü kavramları oluşturacaktır.

Çalışmamın ilk kısmında; temel hak ve özgürlüklerin batıda ve ülkemizde doğup gelişimini ele aldıktan sonra, temel hak ve özgürlüklerin nasıl bir sınırlama rejimine tabi tutulduğu ve ne gibi sınırlama yöntemleri ile karşılaştığı dile getirilip, uluslararası düzenlemeler ile Anayasalarımızda yer alan düzenlemelerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ilkelerine değinilecektir. Bir diğer bölümümüzde; sınırlamanın sınırını oluşturan ölçütlerinin yer aldığı 1982 Anayasası'nın 13. maddesini, 2001 yılı Anayasal düzenlemesi öncesi ve sonrası değişiklikleri değerlendirilerek maddenin eski ve yeni şeklinin karşılaştırılması yapılacaktır. Çalışmamın son bölümünde ise, her temel hak ve özgürlüğün dokunulmaz bir cevherinin olduğunu tanımlayan "hakkın özü" kavramının doğuşu ve Anayasalarımıza yansımaları Alman Anayasası'nda ve 1982 Anayasası'nda mukayeseli bir biçimde değerlendirilerek, her iki ülke Anayasa Yargısı'nın kararlarında özdeşlikleri vurgulanacaktır. Ayrıca günümüzde tartışma konusu olan yeni Anayasa önerileri kapsamında sivil toplum kuruluşlarının ortaya koyduğu Anayasa önerilerine de değinilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusuna yaklaşımları ortaya konacaktır.

2. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

2.1 TARİHSEL GELİŞİM

Temel hak ve özgürlükler ifadesinden bireyin veya insanın hak ve özgürlükleri anlamını çıkarmak mümkündür. Bireyin veya insanın temel hak ve özgürlükleri kavramı; tabii hukuk öğretisine göre tanrı vergisine dayanır ve insanların doğuştan sahip oldukları hak ve özgürlüklerini temsil eder. Çağdaşlaşmayla birlikte hak ve özgürlükler kavramı ise, Anayasal “temel hak ve özgürlükler” olarak pozitif hukukta yerini almaya başlamış, hukuksal anlamda “Anayasal hak”, “insan hakkı”, “hak ve özgürlük” vb. gibi tanımlamalarla nitelendirilmeye devam etmiştir.

O yüzden çağdaş demokrasilerin hakim olduğu devletlerin Anayasalarında yer alan temel hak ve özgürlükler kavramının kökenini araştırarak olursak eğer, hak ve özgürlüklerin Tanrı tarafından verildiği düşüncesinin egemen olduğu temel belgelere dayanmaktadır. 1215 tarihli İngiltere’de “Büyük Özgürlük Fermanı” (*Magna Carta Libertatum*), 1776 tarihli Amerika’da “Amerikan Haklar Bildirgesi” (*Virginia*) ve son olarak 1789 tarihli Fransa’da “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi”, uluslararası düzeyde modern temel hak ve özgürlüklerin temelini oluşturmaktadır.

Modern temel hak ve özgürlükler, insanlığın özgürlük ile otorite arasındaki dengeyi zamanla sağlamasıyla gelişme kaydetmiştir. Devlet otoritesinin kısıtlanarak hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması sonucunda gelişim sağlayan temel hak ve özgürlükler, çoğu demokratik devletler tarafından benimsenerek Anayasalarında yer alması uygun görülmüştür.

2.1.1 Temel Hak ve Özgürlüklerin Doğuşu Ve Gelişimi

Temel hak ve özgürlüklerin Batıda doğup gelişimini tamamlaması *Büyük Özgürlük Fermanı* ile başlarken, Türkiye’de doğup ve gelişme kat etmesi uzunca bir zamanı işgal etmiştir.

2.1.1.1 Batıda temel hak ve özgürlüklerin doğuşu ve gelişimi

İnsanoğlu her mücadele sonrasında yeni kazanımlar veya yeni haklar elde etmiştir. Kimi zaman elde edilen haklar iktidar lehine törpülenerek işlevsizleştirilmiş (ki ilerleyen sayfalarda görülecektir), kimi zaman da yeni haklar elde edilerek özgürlük lehine siyasal iktidarların yetkileri kısıtlanmıştır.

Kamu hukukçularına göre temel hak ve özgürlükler anlamında insanlığın mücadele ederek kazandığı en eski belge, İngiltere’de Büyük Özgürlük Fermanı (*Magna Carta Libertatum*) olarak bilinen belge olmuştur.¹ Öğretiye göre *Magna Carta*, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 1215 yılında kabul edilmiş ilk tarihi belge olarak kayıtlara geçmiştir.² Elbette ki bu fermanın kabul edilerek dünya tarihinde büyük bir öneme sahip olmasına bazı siyasal gelişmeler sebebiyet vermiştir. İngiltere Kralını, feodal beylerle bir araya gelerek böyle bir belgeyi imzalamak zorunda bırakan gelişmeler arasından en önemlileri Norman istilası, feodal beylerin güç kazanması, kralların zorbaca tutumları ve o dönemde yaşanan fiyat artışları olmuştur.³ Altmış üç maddeden oluşan bu belgedeki dört konu, hak ve özgürlükler açısından çok büyük bir önem arz etmiştir.⁴ Bu dört konu yargı güvencesi, suç ve cezada orantılılık, kralın vergi koyma yetkisinin sınırlandırılması ve son olarak kamu görevlilerinin denetimi şeklinde karşımıza çıkmıştır.⁵

Neticede bu ferman ile “İngiltere tahtına oturanlar; ülkeyi adalet ve var olan hukuk kurallarına uygun olarak yöneteceklerine, İngiliz halkını zamanla bütün özgürlüklere

¹ Söz konusu belgenin sonraki dönemlere de etkili olacak olan hükümleri için bkz. M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Basım, Ekim 2009, İstanbul: Der Yayınları, s. 234.

² S. KESKİN, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler, C. 60, S. 1-2, Yıl: 2002, s. 49-61.

³ C. B. AKAL – O. ERÖZDEN v.d., İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, 2003, İstanbul: Mısırlı Matbaacılık, s. 31.

⁴ Bkz. E. İLAL, Magna Carta, İHFM, C. 34, S. 1-4, Yıl: 1968, s. 210 - 242.

⁵ Bunlardan ilki 39. maddede yer alan “kişi özgürlüğünün yargı güvencesine” bağlanması meselesidir. Birey bu maddeye istinaden yargıç kararı olmadıkça özgürlüğünden alıkonamayacak, yasadışı ilan edilip sürgüne gönderilmeyecek ve kötü muameleye maruz kalmayacaktır. İkinci önemli konu; kralın vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasının 12. maddede yer almasıdır. Böylece kral vergi koymadan önce baronlardan ve kilise mensuplarından onay almak zorunda bırakılmıştır. Üçüncü önemli konu; madde 20’de yer alan ve günümüz ceza hukukunda da yer bulan “suç ve cezada orantılılık” ilkesine atıfta bulunmasıdır. İşlenen suçun ağırlığına göre bireyin ya para cezasına veya hapsine hüküm verilmesi uygun görülmüştür. Dördüncü önemli konu ise, kralın ve onun adına devlet işlerini yapan kamu görevlilerinin denetime tabi tutulmasının fermanında yer almasıdır.

kavuşturacaklarına ant”⁶ içmişlerse de, verilen bu haklar toplumun tüm kesimini kucaklayacak şekilde yaygınlaştırılmamıştır.⁷ Sadece özgür bireyleri, yani soylu olan kişileri kapsam içerisine almıştır.⁸ Her ne kadar bu fermanla tanınan hak ve özgürlüklerden yalnızca “özgür kişiler” gibi son derece sınırlı bir kategori yararlanacak olsa da, kralın iktidarı ilk kez başka bir sosyal güç karşısında sınırlanmıştır.⁹ Gerçektende bireyin özgürlüğünün yargı güvencesine bağlanması ve suç ve cezada orantılılık gibi o günlerde bile kabul edilen bu kavramlar, günümüz ceza hukukuna da örnek teşkil etmiştir.

İngiltere’de hak ve özgürlükler açısından kralın yetkilerinin sınırlandırılması; Büyük Özgürlük Fermanı ile başlamış, “Haklar Dilekçesi” (*Petition of Rights*), “Büyük Uyarı” (*The Great Romantrance*), *Habeas Corpus Act*, “Haklar Bildirgesi” (*Bill Of Rights*) ve son olarak *Act of Settlement* gibi belgelerle de devam ederek, hak ve özgürlükler anlamındaki kazanımların tüm topluma yayılması sağlanmıştır.

“Haklar Dilekçesi” incelendiğinde, Fransızlarla yaptığı savaşta yenik düşen İngiltere Kralı I. Charles’ın parlamentonun mali yardımına ihtiyaç duyduğu ve parlamentonun da bu yardımı kabul etmesi ile birlikte; 1628 yılında kralın bu bildiriye onayladığı görülecektir. Belgede Parlamentonun kabul ettiği bir yasa olmadıkça hiç kimsenin, herhangi bir yolla hediye, ödünç para, yardım ya da vergi gibi her ne ad altında olursa olsun krala bir şey vermeye zorlanamayacağı, 1215 tarihli Büyük Özgürlük Fermanı’nda belirtilen usule aykırı olarak hiç kimsenin savunması alınmadan tutuklanamayacağı, hapsedilemeyeceği, sürgün edilemeyeceği, mallarına el konulamayacağı, miras haklarından yoksun bırakılmayacağı, suçlulara ancak mevcut yasaların öngördüğü cezaların verilebileceği, özel bir takım mahkeme usullerinin

⁶ İ. F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, 1964. İstanbul: Bahar Matbaası, s. 31.

⁷ Bu ferman ve kanunlar, İngiliz Aristokrasisinin ve onun karşısında toplanmış olan burjuvaların, kralın mutlak iktidarını sınırlandırmak yolunda giriştikleri mücadelede, o günkü koşullarda iktidardan gelen ağır baskıların ve haksızlıkların giderilmesi ve bunların tekrarının önlenmesi amacıyla yapılmıştır. **Bkz.** S. TANİLLİ, Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, 6. Bası, Eylül 1990, İstanbul: Say, s. 162 vd.

⁸ Z. GÖREN, Temel Hak Genel Teorisi, Geliştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, 2000, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 8. ; S. TANİLLİ, age., s. 162.

⁹ C. B. AKAL – O. ERÖZDEN v.d., age., s. 33.

uygulanamayacağı, kara ve deniz askerlerinin masraflarının özel kişilere yükletilemeyeceği gibi önemli hükümler yer almıştır.¹⁰

Her ne kadar parlamento “haklar dilekçesi” ile bazı hak ve özgürlükler elde etmiş ise de, kral karşısında güçlü veya aynı güçte asla olamamıştır. Çünkü eleştiriler karşısında kral istediği zaman parlamentoyu feshedebilecek güce her zaman sahip olmuştur. Nitekim 1629 yılında feshetmiş olduğu parlamentoya 1640 yılına kadar ihtiyacı da hiç olmamıştır.¹¹ Tüm bunların neticesinde 1640 yılında kralın isteği üzerine tekrar çağrılan parlamento, krala “Büyük Uyarı”da (*The Great Romantrance*) bulunma gereksinimi duymuştur. Bu belgeye göre; parlamento artık kralın isteği üzerine toplanmayıp resen düzenli bir şekilde toplanacak ve artık parlamento onayı olmadan kral parlamentoyu feshedemeyecek duruma düşecektir.

Büyük Uyarı ile kralın iktidarına ortak olan parlamento, 1679 yılında basit bir yasama işlemi ile *Habeas Corpus Act*'ı kabul etmiştir. Böylece Kral tarafından tutuklananlar, vatana ihanet suçu haricinde herhangi bir yargı organına başvurarak yargılanmalarını isteyebilmişlerdir. Şöyle ki; bu belgenin içerisinde yer alan temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerin yanı sıra İngiliz yargıçlarının da bu hükümleri mükemmel bir şekilde uygulaması, Kıta Avrupa'sı ülkelerde de benzer ilkelerin kabulünü sağlamıştır.¹²

Habeas Corpus Act ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ilk kez sağlam temellere oturtulmuş ve günümüzde de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bu ad ile nitelendirilmesine vesile olmuştur.¹³ Günümüz adil yargılanma hakkı kavramına da temel teşkil eden bu belge ile sanıklar, tutuklanmalarına müteakip kısa bir süre içerisinde yargıç önüne çıkarılarak yargılamanın kısa sürede tamamlanmasını hüküm altına almıştır.¹⁴

Habeas Corpus Act'ın kabul edilmesinden 10 yıl sonra da “Haklar Bildirgesi” (*Bill of Rights*) kabul edilmiş bu bildirgenin sonucunda da İngiliz parlamentosu kral karşısında

¹⁰ M. R. KORKUSUZ, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, 1998, İstanbul, s. 20.

¹¹ 1640 yılında para ihtiyacı nedeni ile Kral Parlamentoyu toplamak zorunda kalmıştır. **Bkz.** K. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, Haziran 2011, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 750.

¹² M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 238.

¹³ S. KESKİN, agm., s. 49-61.

¹⁴ Habeas Corpus Act'ın getirdiği yenilikler ve güvenceler için **bkz.** S. KESKİN, agm., s. 49-61.

hak ve özgürlükler yönündeki yetkilerini daha da artırmıştır. Anayasaya en yakın ilk belge olmasının yanı sıra, 1689 tarihli bu bildirge ile artık parlamentoya yasa yapma ve vergi koyma tekeli verilmiştir. Dolayısıyla Haklar Bildirisi, 13. Yüzyıl'dan itibaren danışmanlıktan yasama iktidarını kralla paylaşmaya doğru gelişen çizgi üzerinde, parlamentonun geldiği son noktayı temsil eder duruma gelmiştir.¹⁵

1689 Haklar Bildirisini takip eden 1701 tarihli *Act of Settlement* bildirisi ile parlamentonun onayı olmadan kral ne ülke dışına çıkabilir, ne de savaş açabilir bir konuma düşmüştür. Kral ile parlamento arasından yaşanan tüm bu gelişmeler neticesinde İngiltere Kralı'nın yetkisi temel hak ve özgürlükler açısından artık sembolik bir görünüm kazanmıştır. Dolayısıyla *1689 Bill of Rights, 1701 Act Of Settlement*'ten sonra İngiltere'de Parlamentonun tam anlamıyla bağımsızlık kazanmış olduğunu söylemek artık mümkün hale gelmiştir.¹⁶ Bu belgelerle özgürlüklerin sınırları genişletilmiş; hükümdarın iktidarı bir kanunsal çerçeve içine alınarak onun kişi hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi sağlanmıştır.¹⁷

İngiltere'de meydana gelen hak ve özgürlük mücadelesi sonucunda kabul ettirilen bütün bu belgelerin ortak amacı bir yandan politik özgürlüğü, yani parlamentonun haklarına İngiltere Tac'ının saygı duymasını sağlamak, öte yandan kamu özgürlüklerini etkili bir biçimde garanti altına almak olmuştur.¹⁸ Ayrıca söz konusu belgelerle kralın iktidarının yasalarla sınırlanması; aristokrasinin ve ortaya çıkmakta olan burjuvazinin güçlenmesini sağlamış, bu durum da parlamentonun yetkilerinin artan bir oranla ilerlemesine ve demokrasinin temellerinin atılmasına yol açmıştır.¹⁹ Bu yönleri ile İngiltere'de temel hak ve özgürlüklerin doğuşu ve gelişimi, batıda yer alan diğer devletlerdeki temel hak ve özgürlüklerin doğuşuna ve gelişimine de örnek teşkil etmiştir.

Şöyle ki İngiltere'de bu gelişmeler yaşanırken İspanyolların Güney Amerika Kıtası'nı keşfetmesi ile birlikte, ünlü Virginia Haklar Bildirisi'nin ilan edileceği Amerika kıtasının kuzeyine; Avrupa'dan, özellikle de İngiltere'den büyük bir göç akını olmaya başlamıştı. Bu göçlerin neticesinde Kuzey Amerika kıtasında 13 İngiliz kolonisi

¹⁵ C. B. AKAL – O. ERÖZDEN v.d., age., s. 38.

¹⁶ K. GÖZLER, age., s. 752.

¹⁷ S. TANİLLİ, age., s. 162.

¹⁸ İ. F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 33.

¹⁹ M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 240.

kurulmuş ve bu koloniler de İngilizlerin sömürgeci durumuna gelmişlerdi. Kıtanın güneyini fetheden İspanyollar, madenlerden elde ettikleri altın ve elmasları yüklenip zengin olarak ülkelerine dönmek isterken; dinsel baskıdan, işsizlikten ve fakirlikten kurtulup özgürce yaşayacakları yeni bir ülke bulmak umuduyla yola çıkanlar ise, kıtanın kuzeyine kalıcı olarak yerleşmeyi istemişlerdir.²⁰

Anavatanlarında yaşamış oldukları dinsel baskıdan ve kralın mutlak hâkimiyetinden memnun olmayan göçmenler, ailelerini de yanlarına alarak başka bir kıtada hak ve özgürlük arayışına koyulmuşlardı. Tüm bu anlatılanlar yaşanırken İngiltere ile Fransa arasında da büyük bir sömürgecilik rekabeti sürüyordu. Bu rekabet İngiliz kralının, İngiltere’de bulunan İngilizlerin kullanmakta olduğu haklardan hiç birini kolonilerini oluşturan İngilizlere tanımaması ve aksine Amerika’da kurulan 13 İngiliz kolonisi üzerinde şiddetli baskılar kurmaya başlaması gibi olumsuz gelişmeler, kolonilerin bir araya gelerek İngiltere’ye cephe almasıyla son buldu. Kaçınılmaz son olarak koloniler ile İngiltere arasında savaş başladı. Savaşın sonunda İngilizlerin pratik yönetim gelenekleri ile Fransız özgürlük düşüncesinin bağdaşması 12 Haziran 1776 tarihli ünlü Virginia Haklar Bildirisi ilan edildi.²¹ Böylece temel hak ve özgürlüklerin gelişimine katkısı olan önemli bir belge daha insanlık tarihine eklenmiş oldu.

Eşitsizliğin bütün şiddeti ile boy gösterdiği bir ortamda, bazı cesur düşünürlerin doğal hukuk çerçevesinde, insanın yüceliği ve dokunulmazlığı üzerine bazı gerçekleri dile getirmişlerdir.²² O yüzden bu bildirinin içerik açısından özgürlükleri temel alması yönü ile John Locke’dan,²³ özgürlüklerin korunması için erkler ayırımına atıfta bulunması yönü ile Montesquieu’dan ilham aldığı açıkça ortadadır.²⁴ Bildiride bir yandan bireyi yücelten ‘Doğal hak’ anlayışı yer alırken, diğer taraftan ise bireyde doğuştan varsayılan

²⁰ C. B. AKAL – O. ERÖZDEN v.d., age., s. 39.

²¹ A. MUMCU – E. KÜZECİ, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 5. Baskı, 2011, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 62.

²² A. MUMCU, İnsan Haklarının Gelişimi, *Türkiye’de İnsan Haklarının Dünü ve Bugünü*, 1. Basım, Nisan 2001, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara: Tübitak Matbaası, s. 111.

²³ 18. Yüzyılda Batı’da geçerli olacak siyasal rejimin niteliğini ve özelliklerini belirleyen J. Locke, monarşilerin yıkılarak yerini ulusun egemenliğine dayalı yönetimlere bırakma sürecinde kendisinden sonraki düşünürlere yol gösterici olmuştur. **Bkz.** M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 129.

²⁴ **Bkz.** M. R. KORKUSUZ, age., s. 25 vd. ; İ. F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, s.36 ; A. MUMCU – E. KÜZECİ, age., s. 61 vd. ;

hak ve özgürlüklerin, ancak toplumsal yaşam içerisinde geçerli olabileceği inancı hâkim kılınmıştır.²⁵

O halde bildirinin giriş kısmında bütün insanların doğuştan özgür, bağımsız ve bazı haklarının olduğuna değinilmesi, kendisinin doğal hukuk öğretisinin bir yansıması olduğunu göstermiştir.²⁶ Çünkü bu hakların Tanrı tarafından verildiği düşüncesi, koloniyi oluşturan insanlar tarafından kabul edilen bir anlayıştır. Ayrıca bu hak ve özgürlükleri koyacak veya koruyacak yasama ve yürütme erklerinin yargı erkinden ayrılması meselesi, Virginia Haklar Bildirgesi'nin beşinci maddesinde çözüme kavuşturulmak istenmiştir. Kimsenin rızası olmadan vergi alınamayacağı, mülkünden yoksun kılınamayacağı da bildirinin diğer üzerinde durduğu önemli konulardan bir olmuştur.

Virginia Haklar Bildirisi'nin ilan edilmesinden kısa bir süre sonra "4 Temmuz 1776'da bu kez bağımsızlık mücadelesine katılan koloni temsilcilerinin ortak sesi, Thomas Jefferson'un hazırladığı 'Bağımsızlık Bildirisinde'"²⁷ ortaya çıkmıştır. Amerika'da bulunan 13 koloninin her biri tek tek bağımsızlıklarını ilan etmiş, her koloni Anayasasının başına da temelde *Virginia Haklar Bildirgesi*'ni esas alan hak bildirilerini (*Bill of Rights*) eklemişlerdir. Böylece M.Ö 4. Yüzyılda eski Yunanda sofist ve özellikle daha sonra Staocu düşünürler tarafından savunulan tabii hukuk anlayışı, asırlar sonra ilk kez Anayasa niteliğindeki belgelerde yerini almışlardır.²⁸ Her ne kadar "temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok sayıda belge kabul edilmiş ise de, 1776 tarihli *Virginia Haklar Bildirgesi* (1776) *Magna Carta*'dan sonra en kalıcı bildiri olma özelliğini"²⁹ korumayı başarmış ve Fransız İhtilali ile oluşacak olan yeni Fransız toplum yapısının şekillenmesine katkı sağlamıştır.

²⁵ Ç. ÖZEK, İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar, İHFM, C. 60, S. 1-2, Yıl: 2002, s. 135 – 160; **Bkz.** 17. ve 18. Yüzyıllarda tabii hukuk akımı (Tabii Hak Doktrini) için K. GÖZLER, age., s. 498

²⁶ "Tabii Hukuk öğretisine karşı en ağır eleştiri 'Komünist Manifesto' ile Marx ve Engels tarafından yapılmıştır. Onlara göre, tarih, hâkim ve aşağı sınıflar arasında bir sınıf mücadelesi, hukuk da bu mücadelede hakim sınıfların baskı aracıdır." **Bkz.** Ş. ÜNAL, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, 1997, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 31.

²⁷ A. MUMCU - E. KÜZECİ, age., s. 61.

²⁸ Ş. ÜNAL, age., s. 32.

²⁹ M. R. KORKUSUZ, age., s. 24.

İnsanlık tarihi incelendiğinde sınıflar arası farklılıkların, farklı toplumlarda benzerlikleri barındırdığı görülebiliyordu. Nitekim Fransızlardaki sınıflar arası farklılık ile İngilizlerdeki sınıflar arası farklılık bu benzerliği ortaya koyan bir örnekti. Nasıl ki İngiltere'deki soylular, din adamları ve köylüler üçlü bir sınıfı oluşturmuşlarsa, Fransa'da da toplum; soylular, din adamları ve üçüncü sınıf olan köylülerden meydana gelmişlerdi. Bunlar koyu bir mutlakiyet mantosu içinde egemenliğe kayıtsız-şartsız sahip bir kral; ayrıcalıklı ve eşitsiz bir toplumun en üstünde bulunan soylular, onlarla birlikte hüküm süren kilise mensupları; girişim ve sermaye sahibi, devletin bütün yükünü çeken ama özgürlükleri kısıtlı burjuvalar; köylüler, eski kölelik rejiminin artıkları olan diğer alt sınıflar Fransız toplumunda yer alan halk tabakalarını oluşturuyordu.³⁰ Soyluları oluşturan seksen bin aile ile tamamı yüz otuz bin kadar olan din adamına karşılık, toplumun ezilen tabakası, üçüncü sınıfı oluşturan yirmi dört milyon aile ile devasal bir rakamsal dengesizlik, hak ve özgürlük mücadelesi için uygun anı bekliyordu.³¹

Özgürlük kişiler arası ilişki olarak görülürken, devlet ise bu kişiler arası ilişkiye tepeden bakan – karışmayan – kişiler arası düzeni kuran ve bu düzene aykırılıkları önleyen bir konumda yer alıyordu.³² Kuvvetler ayrılığını savunan *Montesquieu*, kiliseye savaş açan ve düşünce özgürlüğünü savunan *Voltaire*, halk egemenliğini savunan *Rousseau* ve hazırladığı ansiklopedi ile halkı aydınlatmaya çalışan *Diderot* gibi toplumsal ve siyasal yeniliklerin savunucusu olan Fransız düşünürleri de³³, halkı bilinçlendirerek özgürlük için uygun sahayı oluşturmaya çalışıyorlardı.³⁴ Ayrıca Amerika'da eyaletlerin birleşerek İngiliz mutlak otoritesine karşı gelmeleri ve kişi hak ve özgürlüklerini İngiliz mutlak otoritesine karşı savunarak başarılı olmaları da yapılacak olan Fransız Devrimini olumlu yönde etkiliyordu.³⁵

³⁰ A. MUMCU - E. KÜZECİ, age., s. 62. ; Çalışanların ve elde edilen ürünlerin mükâfatını toplamak; 14.07.1922 tarihinde Ankara'da tertiplenen ve Fransız Milli Bayramı Toplantısına katılan Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından, Fransız ihtilali'nin ekonomik sebebi olarak dile getirilmiştir. **Bkz.** V. SAVAŞ, *Militan Atatürkçülük*, 3. Basım, Aralık 2001, Ankara: Bilgi Yayınevi, s. 81.

³¹ Sayısal veriler M. R. KORKUSUZ, age., s. 27 vd.'dan alınmıştır. ; Halk tabakası içindeki bu farklılıklar, söz konusu toplantıda, Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından Fransız İhtilali'nin sosyal sebepleri olarak tanımlanmıştır. **Bkz.** V. SAVAŞ, *Militan Atatürkçülük*, s. 81.

³² Ç. ÖZEK, *İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış...*, agm., s. 135 - 160.

³³ C. B. AKAL - O. ERÖZDEN v.d., age., s. 48.

³⁴ Ayrıca söz konusu toplantıda; Fransız halkını özgürlüğe kavuşturma isteği, Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından ihtilalin politik sebebi olarak ifade edilmiştir. **Bkz.** V. SAVAŞ, *Militan Atatürkçülük*, s. 81.

³⁵ R. KORKUSUZ, age., s. 29.

Tüm bu etmenlerin bir araya gelmesi sonucunda 1789 yılında patlak veren Fransız ihtilali ile sınıflar arasındaki ayrıcalıkları ortadan kaldırmış eşitlikçi ve demokratik bir rejim kurma düşüncesi ortaya çıkmış ve sonucunda da İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi ilan edilerek temel haklar ve özgürlükler konusunda yeni bir çağ açılmış oldu.

İngiltere’de hak ve özgürlükler nasıl ki burjuva sınıfı tarafından elde edilmiş ise, Fransa’da da kanlı bir iç savaş ile elde edilen hak ve özgürlüklerde burjuva sınıfının emeği göz ardı edilemezdi.³⁶ Zaten bu nedenle de bildirgenin on yedinci maddesinde mülkiyet hakkının dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu, bu hakkın elzem bir kamusal ihtiyaç haricinde sınırlandırılmayacağı konusu, burjuva sınıfı lehine, bildirinin içerisinde yer alması sağlandı.

İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin ilk maddesine bakıldığında; insanların eşit ve özgür olarak doğdukları dile getirilerek eşitlik ve özgürlük kavramına vurgu yapılmıştır. İkinci maddesinde; devletin varlığının tek nedeninin, insanın doğal ve zaman aşımı gibi nedenlerle de olsa ortadan kalkmayan haklarının korunması ve bu hakların da özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve zulme karşı direnme hakkını içerdiği şeklinde kabul edilmiştir. Üçüncü madde de; özgürlüğün mutlak bir özgürlük olmadığı ve tanımsal olarak özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme gücü olarak ifade edilmiştir. Dördüncü maddesi; her insanın temel hak ve özgürlüklerini kullanmasını ve toplumun diğer üyelerinin de aynı haklardan yararlanmasını sağlayan sınırlarla sınırlandırıldığı vurgulanmıştır.³⁷ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin beşinci ve yedinci maddelerinde “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi, dokuzuncu maddesinde ise “suçsuzluk karinesi” ile ilgili bildirimler yer alarak çağdaş ceza hukukumuzun temelini oluşturan ilkeler yer almıştır.

İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi yukarıda yazılan maddeler ışığında incelendiğinde, sadece Fransız halkına istinaden kaleme alınmış bir bildiri olmadığı açıkça görülmektedir. Bildirinin evrenselliğini en belirgin olarak insan ve yurttaş ayrımı ortaya koymaktadır. Burada konu edilip alınan insan, belli bir çağda ve belli bir ülkede

³⁶ İngiliz temel hak ve özgürlük belgeleri, Fransız ve Amerikan özgürlük bildirilerinden farklı olarak herhangi bir felsefi temele dayanmayıp ve belli bir ideolojiyi taşımamaktadır. M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 240.

³⁷ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 4. Maddesi, “sınırsız özgürlük, özgürlük değildir” ilkesini teoriye kazandıran bir belge olmuştur. M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 298.

yaşayan insan değildir.³⁸ Bildirinin düzenlenme biçimi dünyanın neresinde ikamet ederse etsin, hangi zaman diliminde yaşarsa yaşasın, hangi kültürden olursa olsun, hangi millette ve ırkta yer alırsa alsın, tüm insanlığa kucak açan ve hitap eden bir bildiri olmasını sağlamıştır.

Hak ve özgürlükler ile ilgili İngiliz belgeleri sadece “özgür İngiliz halkını” (soyluları) kapsar iken, Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Belgesi, hak ve özgürlüklerin hedef kitlesini, “insan, herkes, ya da hiç kimse gibi son derece soyut ve evrensel bir şekilde”³⁹ belirlemiş, iki yüz yirmi üç yıl geçmesine rağmen hâlâ önemli bir belge olarak kabul edilmesini de garanti altına almıştır.

Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi yayımlandıktan sonra büyük yankılar uyandırmıştır.⁴⁰ Her ne kadar Fransızlar, Amerikan hak ve özgürlükler ile ilgili belgelerden yararlanmışsalar da, bildirgenin kaleme alınışı onun daha değerli ve uzun ömürlü olmasını sağlamıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 1948 yılında onayladığı “İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi”nin temelini, yine evrensel yapısı ile Fransız Bildirgesi ortaya koymuş, hak ve özgürlükler alanında ki varlığını hissettirmeye devam etmiştir.

2.1.1.2 Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin doğuşu ve gelişimi

Batıda temel hak ve özgürlüklerin doğarak uzun bir süre içerisinde gelişme kat ettiği bir dönemde, Osmanlı Devleti, tabii hukuk öğretisinin “sınırlı iktidar anlayışı” ile Fransız İhtilal’inin “temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve gelişmesinde sınırlı bir iktidarın olumlu rolü anlayışına” hiçbir zaman ulaşamamıştır.⁴¹ Çünkü Osmanlı ülkesinde temel hak ve özgürlükler, Tanrı Kelâmına dayanan İslami hukukun çizmiş olduğu sınırlar içerisinde ancak yer bulabilmiştir. Şeriatın temel hak ve özgürlükler anlamında çizmiş olduğu bu sınır, merkezi iktidarı elinde bulunduran padişaha mutlak ve sınırsız bir otorite sağlamıştır. Ama siyasi ve idari bozuklukları giderme ve

³⁸ R. KORKUSUZ, age., s. 32.

³⁹ C. B. AKAL - O. ERÖZDEN v.diğ., age., s. 51.

⁴⁰ İ. F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 44.

⁴¹ B. SAVCI, Hürriyetler Üzerine Düşünceler, 1968, Ankara: Minnetoğlu Kitabevi, s. 167.

imparatorluğu tekrar güçlü kılma çabaları ıslahat hareketlerinin yapılmasını zorunlu kılmıştır.⁴²

O nedenle kimi hukukçularımız Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin doğuşunu, Osmanlı halkının ileri gelenlerinden oluşan ayanların padişaha imzalatmış olduğu 1808 tarihli “Sened-i İttifak” adlı belge ile başladığını kabul etmektedirler.⁴³ Bu belgede padişah halk için değil ayanlar için bir kısım yetkilerinden vazgeçmektedir. Bu yönüyle 1808 tarihli Osmanlı Sened-i İttifak’ı ile 1215 tarihli İngiliz *Magna Carta*’sının birbirine benzediği görülmektedir.⁴⁴

Her iki belgenin mukayesesi yapıldığında bu benzerliklerden biri “vergilerin saptanması içinde bir yanda hanedanların, öbür yanda büyük papaz ve soyluların ortak edilmesi”⁴⁵ meselesi ile diğer taraftan “cezalarla ilgili olarak hükümdarın keyfiliğine karşı bir teminat arayışının bulunması”⁴⁶ konusunun olduğu tespit edilecektir. Bununla birlikte bilmemiz gereken diğer bir husus da, Magna Carta’dan farklı olarak ayanlar karşılarında doğrudan doğruya monarkı bulamamışlardır.⁴⁷ Onun yerine yani monarkı temsilen bir sadrazamla belgeyi imzalamak zorunda kalmışlardır.

O neden ile Sened-i İttifak her ne kadar halk için değil de ayanlar için imzalanan bir belge olsa da, “Türk Anayasal gelişmeler tarihinde mutlakıyetçiliğe darbe vuran ilk siyasal belge”⁴⁸ olduğu göze çarpan bir bilgi olmalıdır. Ayrıca pratikte hiç uygulanabilme şansı olmamasına rağmen, düşünce boyutunda dahi, padişahın mutlak

⁴² H. TUNÇ - F. BİLİR - B. YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, 1. Bası, 2009, s. 11.

⁴³ “Belge, ayan adına dört hanedan temsilcisi ve merkez adına da ulema, devlet ileri gelenleri ve askeri şefler tarafından imzalanmıştır.” **Bkz.** B. V. DİNÇKOL, Atatürk Devrimi, 2001, İstanbul: Der Yayınları, s. 15.

⁴⁴ 1215 Magna Carta’ında yurtsuz John, 25 baron ve asilin haklarını tanıyordu. 1808 Sened-i İttifak’ı ile II. Mahmut, Anadolu ve Rumeli Ayanları karşısında iktidarının sınırlanmasını kabul ediyordu. **Bkz.** O. ALDIKAÇTI, age., s. 38 vd.

⁴⁵ S. AKŞİN, Sened-i İttifak ile Magna Carta’nın Karşılaştırılması, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/18/22/83.pdf>, [22.04.11].

⁴⁶ S. AKŞİN, agm., <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/18/22/83.pdf>, [22.04.11]

⁴⁷ A. SEZER - E. KIRIT - O BOYAR, Hukuk Devleti, 2003.

⁴⁸ N. BULUT, Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, S: 1-2, Yıl : 2008, s.1-15.

otoritesinin sınırlanabileceğini ortaya koymuş olması, hukuk devleti açısından da önemli bir gelişme olarak görülmelidir.⁴⁹

Sened-i İttifak'ın Osmanlı siyasi tarihindeki bu rolüne rağmen doktrinde hak ve özgürlüklerin doğmasının ve zaman içerisinde gelişmesinin, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayun-u) ile başladığı, Islahat Fermanları ile devam ettiği ve Anayasalar ile durmaksızın gelişimini sağlayarak günümüz Türkiye'sinde yerini aldığı genel kabul görmüştür. Çünkü 1786 ve 1789 İhtilallerinin Osmanlı Devleti'ne sokamadığı liberal düşünceler, 1830 Fransız İhtilali ile 1832 İngiliz Islahat Hareketi neticesinde Osmanlı ülkesine nüfuz edebilmiştir.⁵⁰ Böylece batıda meydana gelen bu gelişmeler ile 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayun-u kabul edilerek, Osmanlı Halkının liberal düşüncelerle tanışmasının sağlandığı ifade edilmiştir.⁵¹

1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayun-u, Osmanlı Devleti'nin siyasi anlamda gücünü yitirdiği ve bazı iç sorunlarını halledemediği bir noktada Batı'dan destek almak için ilan edilmiş bir ferman olmuştur. Bu ferman ile mal, can, namus güvenliği, vergi adaleti, cezaların mahkemeler vasıtası ile verilmesi, suçta kanunilik ilkesi, Osmanlı halkları arasında eşitlik, askere alım şekli ve hizmette geçirilecek süre gibi konular ele alınmış, devletin işleyişindeki bazı sorunlar bu ferman ile çözülmek istenmiştir.⁵² O yüzden Tanzimat Fermanı, "Türklerin ilk yazılı Haklar Beynamesi olması yönüyle Türk özgürlükler hukuku tarihi içerisinde çok önemli bir yer almıştır."⁵³ Keza bu ferman "daha sonra yapılacak olan köklü modernleşme için zorunlu temeli"⁵⁴ de kurarak, diğer hak ve özgürlük arayışlarına zemin hazırlamıştır.

1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun kabul edilmesinden bir süre sonra Osmanlı Devleti'nde hak ve özgürlükler anlamında yeni fermanlar ilan edilmiştir. Bu fermanlardan biri olan 1856 tarihli Islahat Fermanı da kendinden önce ilan edilen fermanlar gibi, hak ve özgürlükler anlamında reform niteliğinde bir belge olmuştur.

⁴⁹ H. TUNÇ - F. BİLİR - B. YAVUZ, age., s. 13.

⁵⁰ B. SAVCI, age., s. 168 vd.

⁵¹ B. SAVCI, age., s. 168 vd.

⁵² "1839 Gülhane Hattı Hümayunu'nun tanıdığı haklar, aslında -Avrupa ve Amerika'daki örneklerle kıyaslanamayacak kadar- cılız ve gerçek güvencelerden yoksun bir demetçiktir." **Bkz.** S. TANİLLİ, age., s. 168

⁵³ R. KORKUSUZ, age., s. 205; A. MUMCU, agm., s. 115.

⁵⁴ M. AKTEL, Tanzimat Fermanı'nın Toplumsal Yansıması, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, Yıl: 1998, S 3(Güz), s. 177-184.

Gayrı müslimlerin devlet hizmetine alınması, vergide ve ceza kanunlarında Müslüman halk karşısında eşit olması gibi düzenlemelerin yer alması nedeniyle reform niteliğinde değişimleri içermiştir. Özellikle eşitlik kavramına vurgu yapılarak gayrı müslim halkı bahane eden batılı devletlerin, Osmanlı Devleti'ne müdahaleleri bu ferman ile engellenmek istenmiştir. Öte yandan “Türk İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri tarihinde Islahat Fermanı, yasalar karşısında mutlak eşitliği getirmesi açısından son derece önemli bir belge”⁵⁵ olduğu da gözden kaçırılmayacak kadar çok önemli bir değişimi göstermiştir.

Sened-i İttifak ile başlayan Kanuni Esasi öncesi gelişmeler Tanzimat ile birlikte Anayasal devlet düşüncesinin doğuşuna zemin hazırlamıştır.⁵⁶ Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde padişahın mutlak otoritesinin yavaş yavaş elinden alınarak parlamenter bir sisteme doğru gidilmekte olan bu yolda, 1876 yılında, Kanun-i Esasi ilan edilmiştir. Türk Anayasacılık hareketinin başlangıcı olan Kanun-i Esasi, Belçika ve Prusya Anayasaları örnek alınarak hazırlanmış⁵⁷ ve padişah iradesi ile yürürlüğe girmiştir. Özgürlük sözcüğü resmi anlamda ilk kez bu Anayasada kullanılmıştır.⁵⁸

Anayasaya göre “Meclis-i Umumi” adı altında iki meclisli bir yapı öngörülmüş ancak yasama erki padişahın elinde kalmıştır. Aynı zamanda “Meclis-i Umumi'nin toplantı halinde bulunmadığı zamanlarda, padişaha Bakanlar Kurulu aracılığı ile Kanun Hükmünde Kararname(KHK) çıkarma yetkisinin tanınması, kişi hak ve özgürlüklerini her türlü güvenceden yoksun bırakmıştır.”⁵⁹ Ayrıca Anayasanın padişaha tanımış olduğu özel yetki ile hükümet aleyhine tavır sergileyenleri sürgüne gönderebilme kudreti de, hak ve özgürlükler aleyhine düzenlenen önemli bir madde haline gelmiştir. Dolayısıyla Kanun-i Esasi'de hak ve özgürlükler alanında kısıtlı bir düzenlemenin öngörülmesi ve egemenliğin hâlâ padişah hanedanına ait olması yönleri ile bireyin temel hak ve özgürlüklerini geri planda bırakan bir belge olduğunu söyleyebiliriz.

1908 yılında yapılan değişikliklerle, 1876 Anayasası'ndaki mevcut hak ve özgürlüklere ilaveten kanun dışı tutuklama yasağı, haberleşmenin gizliliği, toplanma özgürlüğü,

⁵⁵ A. MUMCU - E. KÜZECİ, age., s.160.

⁵⁶ H. TUNÇ - F. BİLİR - B. YAVUZ, age., s. 20.

⁵⁷ A. MUMCU - E. KÜZECİ, age., s.164.

⁵⁸ A. MUMCU, agm., s. 115 vd.

⁵⁹ R. KORKUSUZ, age., s. 207.

dernek kurma hakkı, sansür yasağı, Padişahın sürgün yetkisinin kalkması gibi hak ve özgürlükler yine Anayasaya eklenmiştir. Bu hak ve özgürlüklerden iki tanesi büyük bir olumlu gelişme olarak karşımıza çıkmıştır. Özellikle padişaha tanınan sürgün yetkisinin kaldırılması ile temel hak ve özgürlükler bakımından büyük bir sorunun ortadan kalkmış olması çok önemli bir gelişme olmuştur. Ayrıca 1876 Anayasası “kişi özgürlüğünü yalnız yasa dışı cezalandırmalara karşı korumakla yetinirken, 1909 değişikliği hem cezalandırmalar hem de tutuklamalar bakımından ‘yasaya uygunluk’ koşulunu”⁶⁰ getirmiş olması, çok önemli olan diğer bir gelişmenin olgunlaşmasını sağlamıştır. Padişahın meclisi feshetme yetkisinin kullanılmaz duruma getirilmesi, Bakanlar Kurulunu oluşturmadaki yetkisinin sınırlandırılması gibi değişiklikler, Osmanlı Devleti’nin “mutlak monarşi anlayışını terk ederek sınırlı bir Anayasal sisteme, ‘meşruti monarşi’ye”⁶¹ geçmesini sağlamıştır.

Osmanlı Devleti’nin yıkılması neticesinde ulus adına hâkimiyetin kendisinde olduğunu dile getiren Türkiye Büyük Millet Meclisi(TBMM), bir yandan Ulusal Kurtuluş Savaşı’nı idare ederken diğer yandan da yasama faaliyetleri ile uğraşıyordu. Meclisin temel hedefi emperyalizm karşısında milletin bağımsızlığını ilan etmek olduğundan, olağanüstü bir Anayasa olarak 1921 Anayasası yürürlüğe girdi. Yirmi üç maddeden oluşan 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak hüküm de mevcut değildi.⁶² Anayasa bu hususta açık bir hüküm içermediğinden, tek yetkili organ olan TBMM, özgürlükler konusunda süre gelen, ağır koşullu bir savaşın yürütülmesi için gereken her türlü düzenlemeyi yapabilme kudretine sahipti.⁶³ Ancak bu Anayasanın ilk maddesinde “Egemenlik kayıtsız, şartsız ulusundur” kuralını getirerek, demokratik devlet düzeninin temellerini atması Cumhuriyet dönemi Anayasalarımız açısından çok önemli bir adım oldu.⁶⁴

1924 Anayasası, 1921 Anayasası’na göre hak ve özgürlüklere yönelik daha fazla düzenlemelere yer veren bir Anayasa olarak karşımıza çıkmıştır. Bu Anayasanın hazırlanışında, On Sekizinci Yüzyıl felsefesinin ve Fransız İhtilali prensiplerinin

⁶⁰ R. KORKUSUZ, age., s. 208.

⁶¹ N. BULUT, Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin..., s. 1-15.

⁶² “O günkü gündemin başında bağımsızlık gelmektedir. Bireyden önce, tüm milletin emperyalizm karşısındaki haklarıdır bahis konusu olan daha çok.” **Bkz.** S. TANİLLİ, age., s. 170.

⁶³ A. MUMCU - E. KÜZECİ, age., s.183.

⁶⁴ C. B. AKAL - O. ERÖZDEN v.d., age., s. 22.

oldukça derin etkileri görülmüştür.⁶⁵ Çünkü “Her Türk hür doğar, hürriyet başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı başkasının hürriyeti sınırındır. Bu sınırı kanun çizer” şeklindeki 68. maddede yer alan düzenleme, Fransız özgürlük düşüncesini benimsemiş olduğunun kanıtı gibidir.⁶⁶ Ayrıca “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Türk milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi temsil eder ve millet adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır (md.3 ve md.4) demek sureti ile (de) ‘çoğunlukçu demokrasi’ anlayışını kabul”⁶⁷ ettiğini göstermektedir.

Tüm bunların yanı sıra 1924 Anayasası’na bakıldığında Cumhuriyet dönemi Anayasalarına şekil açısından ters düştüğü, hak ve özgürlüklere son kısmında yer verdiği görülmektedir.⁶⁸ Meclisin üstünlüğü ve denetimsizliği, uygulamada temel hak ve özgürlüklerin çoğunluğun iradesine terk edilmesi sonucunu⁶⁹ doğurmuş ve bu neden 1961 Anayasası’nın oluşumuna zemin hazırlamıştır.

Temel hak ve özgürlükleri genel formüllerle belirterek düzenlemede yasama organına geniş takdir yetkisi tanıyan 1924 Anayasası sisteminin, pratikte hürriyetlerin ortadan kalkmasına varacak derecede alabildiğine kısıtlamalara zemin hazırlamış olması,⁷⁰ sonraki Anayasa koyuculara bir ders verme işlevi görmüştür. O nedenle 1924 Anayasası’na göre 1961 Anayasası’nın temel hak ve özgürlükleri daha sistemli bir şekilde düzenlemesi, Anayasanın yapılışına neden olan bu sebeplerden kaynaklandığı görülmektedir.⁷¹

Nitekim “yasama organına geniş bir takdir yetkisi tanıyan sistemin uygulama aşamasında özgürlüklerin aleyhine”⁷² bir işlerlik kazandığı deneyimini elde eden Anayasa yapıcıları, 1961 Anayasası’nda, hak ve özgürlüklere daha çok ve daha ayrıntılı

⁶⁵ B. KUZU, Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, İHFM, C. LIV(1994), s. 70 - 101.

⁶⁶ M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 300.

⁶⁷ R. KORKUSUZ, age., s. 213.

⁶⁸ **Bkz.** Ö. ANAYURT, 1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler, www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_7.pdf [24.04.11].

⁶⁹ Ö. ANAYURT, agm., www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_7.pdf [24.04.11].

⁷⁰ M. KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 1976, AÜHF Yayınları, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 112.

⁷¹ Z. GÖREN, age., s. 14. ; “1924 Anayasası, özgürlüklerin hangi amaçlarla ve hangi esaslara göre sınırlanabileceği konusunda hiçbir şey söylemiyor, bunu olduğu gibi kanunlara bırakıyordu.” **Bkz.** S. TANİLLİ, age., s. 181.

⁷² R. KORKUSUZ, age., s. 215.

yer vermişlerdir. Elbette ki bu hak ve özgürlükler düzenlenirken sağlam güvenceler altına alınması da planlanmış, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi Meclisin veya başka bir kurumun müdahalesinin de zorlaştırılması yoluna gidilmiştir. İkinci dünya savaşı sonrasında dünya Anayasalarında yeni yeni yaygınlaşmaya başlayan sosyal haklar da ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiştir. 1961 Anayasası klasik hakları ayrıntılı olarak sıralayıp güvenceye bağlamakla kalmamış, sosyal hakları da uzun bir liste şeklinde düzenleyerek, devletin karışmaması değil, tam tersine olumlu müdahalelerde bulunarak devletin özgürleştirme görevini yerine getirmesini istemiştir.⁷³ Böylece 1961 Anayasası ile birlikte devlet bireyi yalnız özgür bırakmakla kalmamış, aynı zamanda özgürleştirme görevini de kendinde bulur bir duruma gelmiştir.⁷⁴

Temel hak ve özgürlükler bakımından 1961 Anayasası'nda en göze batan özellik, özgürlüğü temel, sınırlamayı istisna olarak alıp ve özgürlüğü sınırlayan yasanın temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamayacağını da öngörmesi olmuştur.⁷⁵ Hak ve özgürlüklere yönelik verilen bu güvencenin yanı sıra “*sınırlamanın kanun ile yapılması*” şartı da garantörlük konusunda “*hakkın özü*” ölçütünden sonra 11. maddenin mihenk taşı oluşturmuştur. “*Hakkın özü*” ölçütü ve “*sınırlamanın kanunla yapılması*” şartı bizlere 1961 Anayasası'nın hak ve özgürlüklere insan veya birey temelli bir yaklaşımı benimsediğini göstermiştir.

1961 Anayasası'nın 1924 Anayasası'na, 1982 Anayasası'nın ise 1961 Anayasası'na ve Anayasaların uygulandığı döneme yönelik eleştirilerden sonra tepki niteliğinde yenilikler getirdiği görülmüştür.⁷⁶ Dolayısıyla 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası'nda şekil açısından görülen benzerlik, içerik-felsefe ve yaklaşım açısından nedense derin farklılıklar sergilemiştir.⁷⁷ 1961 Anayasası'nın insan temelli yaklaşımı nedense 1982 Anayasası'nın özgün halinde görülmemiş, “*ancak*” girişleri ile işlevsizleştirilen hak ve özgürlüklerin Anayasada yer alması uygun görülmüştür. 1961 Anayasası'nda

⁷³ N. KAYAR, “İki Anayasa 1961 – 1982 : Temel Hakların Özünü ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Bülent Tanör Armağanı, 2004, İstanbul: Legal, s. 380.

⁷⁴ S. TANİLLİ, age., s. 171.

⁷⁵ M. SOYSAL, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1987, İstanbul, s. 102 vd.

⁷⁶ Y.Ş. HAKYEMEZ, Yeni Anayasada İnsan Haklarının Genel Rejimi, *SDE Analiz*, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Eylül 2011, s. 6.

⁷⁷ N. KAYAR, age., s. 381.

serbestliğe yapılan vurguya karşılık, 1982 Anayasası'nda bütün temel hak ve özgürlükler için sınırlanma vurgusu madde metinlerine egemen olmuştur.⁷⁸

Temel hak ve özgürlükler konusunda devletin otoritesi ile bireyin özgürlüğü arasındaki dengeyi birey lehine çeviren 1961 Anayasası, özgürlükler anlamında en ileri görüşü madde metinlerinde kabul etmiştir. Ama ne yazık ki, Anayasanın kabulünden kısa bir süre sonra meydana gelen gençlik hareketleri ile tüm dünya ülkeleri çalkalanmaya başlamıştır. Bir süre sonra da bu gençlik hareketlerinin ülkemizde silahlı eylemlere dönüşmesi ve mevcut yasama-yürütme erklerinin de bu eylemlerin çözümü noktasında kolaycılığa kaçarak 1961 Anayasası'nı sorumlu tutmaları, özgürlüklerin 1971 ve 1973 yıllarında yapılan düzenlemelerle törpülenmesine neden olmuştur.⁷⁹

Mevcut sınırlama nedenlerindeki güvencelerde ilk kez genellemeye gidilmiş, gözaltı süreleri uzatılarak hak ihlallerine yol açacak uygulamalara sebep olmuştur. 1980'li yıllara geldiğimizde artık ortada 1961 Anayasası'nın vermiş olduğu ileri özgürlük anlayışından eser kalmamıştır. Hak ve özgürlükler anlamında birey-devlet arasındaki dengenin, artık devlet lehine değiştiği yeni bir Anayasanın temelleri atılmıştır. 1982 Anayasası ile birlikte birey, hak ve özgürlükleri olabildiğince kısıtlanan, kendini çok gerilere iten, kutsal devleti ve devlet gücünü ortaya çıkaran bir anlayışla, bir felsefi yapıyla bir bütün içerisinde karşılaşır hale gelmiştir.⁸⁰

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklere olan yaklaşımını, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi kademeli bir sınırlama sisteminden ziyade, genel sınırlama yöntemine başvurarak göstermiştir.⁸¹ Alman modeli örnek alınarak 1961 Anayasası'na giren “*öze dokunma yasağı*” 1982 Anayasası'nda yerini bulamamış, savaş - seferberlik - sıkıyönetim ve olağanüstü hal gibi durumlarda Anayasa'da yer alan güvencelerin aksine yürütmeye, hak ve özgürlüklere yönelik önlemler alabilme kudreti sağlamıştır.

⁷⁸ N. KAYAR, age., s. 381.

⁷⁹ M. KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 1993, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları,, s. 121 ; N. KAYAR, age., s. 380.

⁸⁰ Ö. ÖZOK, Çağdaş ve Sivil Anayasa, Panel, Adıyaman: TBB Yayınları, Şen Matbaa, 2003, s. 27.

⁸¹ Söz konusu yaklaşım için bkz. Ö. ÖZOK, age., s. 26 vd., ; İ. Ö. KABOĞLU, Çağdaş ve Sivil Anayasa, Panel, 2003, Adıyaman: TBB Yayınları, Şen Matbaa, s. 35 vd., ; C. ÇİÇEK, Çağdaş ve Sivil Anayasa, Panel, 2003, Adıyaman: TBB Yayınları, Şen Matbaa, s. 20, ; C. EROĞLU, Anatüzeve Giriş, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, 2010, Ankara: imaj Yayınevi, s.323.

1961 Anayasası gibi tepki Anayasası olan 1982 Anayasası da ilk şekliyle önceki dönemin otorite beklentisini, yürütmeyi güçlendirerek karşılamak amacıyla hak ve özgürlüklerde sınırlamalara ağırlık vermiştir.⁸² Bireye karşı devleti korumak amacıyla yapılan temel hak ve özgürlüklerdeki sınırlamalar ile “herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahiptir” ilkesi anlamsızlaşarak Anayasanın mantığıyla çelişen bir hal almıştır.⁸³ Gerek ulusal gerekse de uluslararası anlamda değişen sosyal ve siyasal yapı, 1982 Anayasası’nın; 1987, 1993, 1995, 2001 ve 2004 yıllarında yapılan Anayasal değişikliklerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne(AİHS), Avrupa Birliği(AB) müktesebatına ve diğer uluslararası sözleşmelere uyumu sağlanmıştır.

Bu değişiklikler neticesinde başlangıçta devlet lehine olan denge, kısmen birey lehine yaklaşmaya başlamıştır. Her ne kadar iyi bir gelişme olsa da bu durum, hak ve özgürlükler anlamındaki bu gelişmelerin tümü AB hayali neticesinde gerçekleşmiştir. Milletimizin iradesini temsil eden yasa koyucu organımız tarafından Anayasamızda hak ve özgürlüklerin güvencesinin eksikliğinin hissedilmemesi ve bu eksikliğin AB tarafından gösterilmesi ne yazık ki büyük eleştirilere neden olacak bir konudur diye düşünmekteyiz.

Meşruti monarşiden ulus-devletin oluşturulmasına, ulus-devletten hukuk devletinin tesisine Türkiye’deki Anayasal gelişmeler, kural olarak evrimci bir çizgi izlese de,⁸⁴ temel hak ve özgürlükler açısından bu evrimci çizgi, sürekli dikey yönlü bir çıkış sergilememiştir. 1971 yılı değişikliklerine kadar ki dönemde hak ve özgürlüklerin evrim çizgisi dikey yönlü, değişikliklerle birlikte tepe noktasından aşağı doğru düşey bir hal, daha sonraki dönemde yani 1982 Anayasası’nın yapılması ile birlikte sert aşağı yönlü olmuştur. 1982 Anayasası’ndaki 2001 Anayasal değişiklikleri ile temel hak ve özgürlüklerin evrim çizgisi tekrar yukarı yönlü yol kat etmiş, 1971 değişikliği öncesindeki tepe noktasını da geçerek insan onuruna yaraşır bir hal almıştır.

⁸² M. SOYSAL, age., s. 102 vd. ; Y.Ş. HAKYEMEZ, Yeni Anayasada İnsan Haklarının..., agm. S. 7

⁸³ Ç. ÖZEK, İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış..., agm., s. 135 - 160.

⁸⁴ İ. Ö. KABOĞLU, Türkiye’de Anayasal Reformlar Üzerine, Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası Uluslar arası Toplantı, 2002, TBB, Şen Matbaacılık, s. 50.

2.1.2 Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvenceye Alınması İle Devlet Otoritesinin Sınırlandırılması

2.1.2.1 Devlet otoritesinin sınırlandırılması

Türkçe sözlükte “bağlı olmama, dışarıdan etkilenmemiş olma, engellenmemiş olma, zorlanmamış olma, her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi istencine, kendi yasasına, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi (seçme özgürlüğü)”⁸⁵ şeklinde özgürlüğün tanımı yapılmıştır. Bu tanımla bireyin özgürlüğünü kazanma mücadelesi, insanın toplum olma bilincini yakalamasından bu zamana kadar geçen çetin savaşımın neticesinde, kimi zaman başarılı kimi zaman da başarısızlıkla sonuçlanarak günümüze kadar gelmiştir.

Bu haklı mücadele kimi zaman bir monarka, kimi zaman bir despota, kimi zaman bir padişaha, ortak paydada ise yürütmeyi temsil eden tüm kurumlara karşı yapılmıştır. Örneğin önceki sayfalarda da konu olarak işlemiş olduğumuz, İngiltere’de 1628 tarihli *Petition of Rights*, 1869 tarihli *Bill of Rights* ve 1701 tarihli *Act of Settlement* gibi özgürlük belgeleri yürütmeyi veya devleti temsil eden bir monarkın; Osmanlı Devleti’nde 1808 tarihli Sened-i İttifak, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı, 1876 ve 1909 tarihli Birinci ve İkinci Meşrutiyet gibi hak ve özgürlük belgeleri ile 1876 tarihli Kanuni Esasi ise devleti temsil eden padişahın yetkilerini sınırlamayı amaç edinmiştir. Devlet kudretinin sınırlanması yolunda ileri sürülen bu haklı mücadeledeki ilk görüşlerin de, genel olarak dini ve ahlaki bir karakter taşıyan belgeler şeklinde karşımıza çıktığı söylenebilir.⁸⁶

Din ve ahlak değerlerinin devletin otoritesinin sınırlandırılması meselesinde yetersiz kalması sonucu, zamanın önde gelen düşünürlerinin, devletin hukuk ile sınırlandırılması konusunda düşünmesine neden olmuştur. 1789 Fransız İhtilali ve sonrasında ortaya konan hak ve özgürlük ilanlarının herhangi bir hukuki bağlılığının olmaması ve “insanoğlunun kendi olanakları ile”⁸⁷ hak ve özgürlüklere ulaşabileceği düşüncesi,

⁸⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> [08.05.2011].

⁸⁶ M.KAPANI, age., s. 246.

⁸⁷ İ.F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 141.

devlet otoritesinin sınırlanması meselesinden sonraki Anayasal gelişmelere örnek teşkil etse de, o dönem açısından çok olumlu sonuçlar vermemiştir. Özgürlüğün arayışı içerisinde olanlar ve bildirimlerle özgürlüklerini kazananlar, hak ve özgürlüklerini yaşayamamışlardır. Çünkü kazanılan bir hak veya özgürlük, bir kralın veya padişahın elinde olan başka bir yetkiyle kısıtlanabilmiş hatta ve hatta kaldırılabilmiştir.

Tüm bu olumsuzluklara rağmen devlet otoritesinin sınırlandırılması düşüncesinin hukuk ile çözülmesi yolunda kat edilen adımlar neticesinde, Jhering ve Jellinek tarafından “devlet ancak kendi iktidarını kendi iradesi ile sınırlandırır”⁸⁸ düşüncesi ortaya atılmıştır. Bu teoride devletin kendi sınırlarını hukuken yine kendisinin belirleyebileceği düşüncesi yer almaktaydı. Devletin hukukla bağlı olması mutlaka lâzımdı; çünkü ancak bu suretledir ki, keyfi davranışların yerini, kanunun eşitliği, güvenliği ve meşruluğu⁸⁹ alacak ve devletin de hukuka bağlı olarak gücünün sınırlanacağı bir üst yapı ortaya çıkacaktı.

Gerçekten de hukukun üstünlüğünü ortaya koyan ve bunu benimseyen bir devlet otoritesinin, yapılan yasaların halk üzerinde etkili olmasını ve geniş ölçüde benimsenmesini sağlama yönünde çaba sarf etmesine gerek kalmayacaktır. Çünkü kendi otoritesini hukukun üstünlüğüne inanarak yine hukuk ile sınırlandıran devlete halkının inancı tam ve problemsiz olacaktır. Böylece halk ile devlet barışık, devlet otoritesi ile özgürlük dengesi sorunsuz olma yolunda ilerleme kat edecektir.

Bir ülkede benimsenen politika anlayışı, gerek yasadaki gerekse uygulamanın denetlenmesinde, bazen özgürlükten yana, bazen de özgürlüğe karşı işleyebilir.⁹⁰ Nasıl ki ülkemizde 1961 Anayasası özgürlükten yana bir tavır sergilemişse, 1971 değişiklikleri ile 12 Eylül darbesi sonrası düzenlenen 1982 Anayasası da özgürlük karşısı bir düzenleme ortaya koymuştur. Bireye karşı devletin haklarını korumaya yönelik ve hukuk devleti kavramını hiçe sayarak suçlayan 12 Eylül darbesi ve getirdiği Anayasal düzenleme, 1971 değişiklikleri gibi farklı bir politikanın ürünü olmuştur.⁹¹ Dolayısıyla sürekli değişebilen politika anlayışı farklılık arz etse de, devlet otoritesinin

⁸⁸ T. ERDİNÇ, İnsan Odaklı Devlet ve Özgürlük Öncelikli Anayasa, Ekim 2010, İstanbul: 12 Levha, s. 165.

⁸⁹ M. KAPANİ, age., s. 248.

⁹⁰ İ. F. AKIN, Kamu Hukuku, 1979, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s. 388.

⁹¹ Ç. ÖZEK, İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış..., agm., s. 135 - 160.

sınırı hak ve özgürlüklerin zaman içerisinde güvence altına alınma ihtiyacının hissedilmesi ile birlikte sınırlandırılmıştır. Devlet otoritesindeki bu sınırlama isteği de, ülkemizde kimi zaman özgürlüğü temel alan bir politika anlayışı ile kimi zaman da ulus ötesi birlikteliklere kabulün gerektirdiği zorunluluklarla yerine getirilmiştir

Örneğin devletin otoritesini elinde bulunduran yürütme; gücünü, tüm yetkilerin tek elde yani kendisinde toplanmasından almıştır. Yasama, yürütme ve yargılama gibi devletin ayrı ayrı organlarının bu görevleri yerine getirmesi gerekirken yürütmenin tek başına bu üç görevi elinde bulundurması, onun üstün bir güç olma noktasında ilerlemesine neden olmuştur. İşte bu olumsuz deneyimler neticesinde bu üstün gücün eşit bir şekilde bölüşülme ihtiyacının hissedilerek uygulanmasıyla, hak ve özgürlükler dolaylı da olsa güvence altına alınmıştır.

Nitekim Montesquieu “devletin işlevleri üç türdür; kanunları yapma, uygulama ve uyuşmazlıkları çözme. İşte bu üç işlevden her birini ayrı bir devlet organına verirseniz, her organ kendi alanında kalır ve kuvvet kuvveti durdurur”⁹² demiştir. Kuvvetlerin birbirini durdurması⁹³, diğer bir bakış açısıyla her birinin bir anlamda denetlenmesi, hak ve özgürlükler açısından üstün bir gücü elinde bulunduramayan bir yürütmeye karşı veya onun kullandığı devlet otoritesine karşı bir denge unsuru olmuştur. O yüzden kuvvetler ayrımı ilkesinin altında yatan temel düşüncenin, bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak olduğunu söylemek mümkündür.⁹⁴

Öte yandan ünlü düşünür İsaiah Berlin de “özgürlüğü korumak istiyorsak bu özgürlüğün halkın seçtiği meclisçe veya yargıçlarca veya yasalarca ihlaline izin verilmediği sürece korunacağını”⁹⁵ belirtmenin yetersiz olduğunu dile getirmişse de; Berlin’in bu konudaki düşüncesi, erkler ayrışmasının yani yasama, yürütme ve yargının ayrı ellerde toplanmasının yanı sıra değişik sınırlandırma tekniklerinin de ortaya çıkmasıyla zaman

⁹² Y. YAYLA, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1986, Filiz Kitabevi, s. 66, aktaran Z. ASLAN, Temel Hak ve Özgürlüklerin Yürütme Organına Karşı Korunması, İstanbul Üniv. İletişim Fakültesi Dergisi, 1992-1993, s. 335-340.

⁹³ “250 yıl önce Montesquieu tarafından dile getirilen ve sistemleştirilen ‘Kuvvetler Ayrılığı’ ilkesi, bugüne kadar siyasal rejimlerin sınıflandırılmasına yönelik bir ilke olarak kullanılmıştır. Siyasal rejimler, Başkanlık Rejimi, Meclis Hükümeti Sistemi, Parlamenter Rejim ya da Yarı Başkanlık Rejimi Kuvvetler ayrılığının gerçekleşme ve uygulanma biçimi olmuştur.” **Bkz.** S. BATUM, Anayasa ve İnsan 99 Soruda Çağdaş Anayasa, 3. Baskı, Nisan 2011, İstanbul: Yazın Basın Yayın Matbaa, s. 381.

⁹⁴ Ş. ÜNAL, age., s. 74.

⁹⁵ M. TURHAN, İsaiah Berlin’in İki Özgürlük Kavramı, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, Şubat 2006, Ankara: İmaj Kitabevi, s. 426.

içerisinde anlamsızlaşmıştır. Gerçektende yasama – yürütme ve yargı erkinin bağımsız kurumlar vasıtasıyla yerine getirilmesinin yanı sıra, Anayasal bir çerçevede hak ve özgürlüklere yer verilmesi ve sınırlama rejimlerinin ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi ünlü düşünürün bu sözlerindeki kaygıyı ortadan kaldırmıştır.

İkinci dünya savaşı sonunda sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin Anayasalarda yaygınlaşması ile devlet otoritesinin sınırlandırılması meselesi daha da önem arz etti. Devlet otoritesinin sınırlandırılması meselesi, en çok yazılı ve sert olan Anayasalarda ulusal anlamda düzenlenip işlenmeye başladı. Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının zorlaştırılması gibi demokratik kurumlar veya Anayasal düzenlemeler ortaya çıktı. Böylece devlet otoritesini elinde bulunduran yürütme gücünün, hak ve özgürlükler karşısında dengelenmesi yoluna gidildi.

Her ne kadar devlet otoritesi sınırlandırılrsa da, çağın olumlu gelişmeleri neticesinde devletin hak ve özgürlüklere olan müdahalesi dolaylı da olsa artarak devam etti. Bireyin sosyal ve ekonomik haklarının Anayasalarda düzenlenmesi ve sosyal hayatın ekonomik durum ile ilişkili olması, devlete düşen görevlerin toplum yararına daha da artmasını sağladı. Bir yandan devlet otoritesinin sınırlandırılması yoluna gidilirken diğer yandan da birey, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının devlet tarafından karşılanması beklentisine girmeye başladı.

19. ve 20. asırda sosyalist akımların da olumlu etkisiyle bireyin ekonomik ve sosyal durumunun iyileştirilmesi ve ona insan onuruna yaraşır bir yaşamın sağlanabilmesi için devlet, ekonomik ve sosyal alana müdahale etmeye başladı.⁹⁶ Böylece sınırlandırılmış bir devlet otoritesinden yana olan, hak ve “özgürlüklerden karışmasız serbestçe yaralanabilme döneminden, bu özgürlüklerin uygulanabilmesi için devletin karışmasını isteme dönemine”⁹⁷ geçilmeye başlandı.

Bir yandan devletin hak ve özgürlüklere müdahalesi Anayasalarda sınırlama rejimine tabi tutulup Anayasal kurumlarla da hak ve özgürlükler garanti altına alınırken; diğer yandan da bireyin gelişmesini sağlayacak hak ve özgürlükler, devletin yükümlülüğüne

⁹⁶ Y. ALİEFENDİOĞLU, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 1, Yıl: 1991, s. 26-46.

⁹⁷ İ. F. AKIN, Kamu Hukuku, s. 393 vd.

bırakılarak ondan istenir oldu. Öyle ki günümüz modern Anayasalarında hükümetlerin sınırsız iç ve dış borç alma, yüksek enflasyonist uygulamalarla ülkenin geleceğini ipotek etme gibi men edici veya düzenleyici kuralların da yer alması gerektiği artık tartışılmaya başlandı.⁹⁸

2.1.2.2 Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması

İnsanlığın mutlak otorite karşısında göstermiş olduğu özgürlük arayışı günümüze kadar durmaksızın devam etmiştir. İnsanoğlu nasıl ki mücadele alanını mutlak otoriteye karşı çevirmiş ve mutlak otoritenin gücünü sınırlamak istemişse, gücünü kaybeden temsili yürütme organları da özgürlüğün mutlak bir özgürlüğe dönüşmesini engelleme yolunda çaba sarf etmişlerdir. Hak ve özgürlüklerini isteyen insanlar ile devlet otoritesini temsil eden kurumlar arasında geçen mücadele, artık güç dengesinin sağlanması çizgisine kaymıştır. Bu güç dengesinin sağlanması meselesi çağdaş ulusal Anayasaların güvencelerle donatılarak düzenlenmesini, iç hukuk yoluyla denetim mekanizmalarının kurulmasını, hatta uluslararası anlaşmaların imzalanması suretiyle ulus ötesi kurumların denetiminin de kabul edilmesini sağlamıştır.

Hiçbir zaman, hiçbir toplumda sınırsız özgürlük diye bir şeyin olamayacağı, sınırsız özgürlüğün anarşi ve neticede özgürsüzlüğü doğuracağı, uzun boylu açıklamayı gerektirmeyen bir olgudur.⁹⁹ Bunun yanı sıra mutlak devlet otoritesinin özgürlüklerin üzerinde kara bir gölge gibi durup, hak ve özgürlüklerin düzenlenişi konusunda yürütmenin keyfiliğine yol açacağı meselesi de başka bir önemli olgudur. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin sınırlı olduğu söylenirken onların demokratik bir toplumda üstün temel kurallarla güvence altına alınmasının gerekli olduğu unutulmamalıdır.¹⁰⁰ O halde hak ve özgürlüklerden yararlanmanın belli koşullara bağlanması, bunlar arasında çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, kötüye kullanımlarının önlenmesi ve daha da önemlisi her bireyin hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi için temel hakların sınırlanması kaçınılmaz olmalıdır.¹⁰¹

⁹⁸ Y. ALİEFENDİOĞLU, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından ...,s. 26-46.

⁹⁹ M. KAPANİ, age., s. 213.

¹⁰⁰ Y. SABUNCU, Anayasaya Giriş, Yenilenmiş 14. Bası, 2009, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 37.

¹⁰¹ Y. SABUNCU, Anayasaya Giriş, Şubat 2007, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 55.

Anayasalar toplum değerlerini ve siyasal anlamda demokratik rejimleri barındıran metinler olduğundan, bu değerlerin ve siyasal rejimi tehdit edecek olan siyasal faaliyetlerin, Anayasal metinlerde sınırsız bir özgürlük ve demokrasi adına serbest bırakılması demek, tehlike kapısını aralamak demektir.¹⁰² O yüzden toplumun değerlerini ve siyasal rejimi ortadan kaldıracak faaliyetlere karşı önlemler alıp sınırlamalara gitmek, demokrasilerle yönetilen devletlerin başvurduğu yöntemlerden biridir. Keza önlemler mahiyetinde yapacakları sınırlamalar ile temel hak ve özgürlükler arasında olması gereken dengenin de göz ardı edilmemesi gerektiği noktasında, ayrıca gerekli hassasiyetin gösterilmesi gerekmektedir. Zaten Anayasacılığın en önemli özelliklerinden biri, keyfi yönetimin aksine devlet otoritesinin hukuki bir biçimde sınırlanarak yönetenlerin hukuk kurallarına uygun kararlar almasını sağlamak değil midir?¹⁰³

Sonsuz bir çizginin farklı uçlarında yer alan sınırsız hak ve özgürlükle sınırsız bir devlet otoritesini aynı mesafede ve aynı oranda birbirine yaklaştırmak, modern anlamda özgürlük-otorite dengesinin sağlanmasına vesile olacaktır. Çünkü özgürlüğün temel sınırlamanın istisna olduğu bir anlayışla yeteri miktarda sınırlandırılarak güvence altına alınmış hak ve özgürlükler karşısında, gerektiği ölçüde sınırlandırılarak ödevler yüklenmiş bir devlet otoritesi demokratik anlamda en uygun dengeyi sağlayacaktır.

O yüzden sınırsız özgürlüğün anarşiye ve sınırsız devlet otoritesinin hak ve özgürlüklerin boğulmasına neden olacağı bilinci, insanoğlunu hep bir denge arayışı içerisine itmiştir. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin sınırlı olduğu kabul edilirken, onların demokratik bir toplumda üstün temel kurallar olarak güvence altına alınması gerektiği¹⁰⁴ düşüncesi de, bu kabullenişin karşısında hep var olmuştur.

Hak ve özgürlükler ile devlet otoritesi arasındaki dengenin sağlanması meselesindeki gelişmeler, 1940'lı yıllardan sonra görülmeye başlandı. Demokrasinin kullanılması suretiyle hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran yönetimlerin yürütmenin başına gelmesi, Anayasa koyucularının etkili bir ders almasına neden oldu. İtalya'da Mussolini'nin İtalyan halkının özgürlüklerini yok ederek faşizmi uygulaması, Hitler gibi bir liderin

¹⁰² B. SAVCI, age., s. 4.

¹⁰³ H. TUNÇ - F. BİLİR - B. YAVUZ, age., s. 9.

¹⁰⁴ Y. SABUNCU, age., s. 57.

Almanya’da Nasyonal Sosyalizm’i kurması ve dünya devletleri için büyük bir sorun olması, Portekiz’de Salazar’ın diktatörlüğü, İspanya’da başka bir diktatör olan Franco’nun demokrasiyi kullanarak yürütmeyi ele geçirmesi “*militan demokrasi*”¹⁰⁵ kavramının doktrine girmesini sağladı.

O zamana kadar hâkim olan, demokratik değerlerin eninde sonunda totaliter ideolojilere karşı üstünlüklerini nasıl olsa kendiliklerinden kabul ettirecekleri yolundaki inanç artık sarsılmıştı.¹⁰⁶ Hak ve özgürlüklerin, kendisini kullanarak devlet otoritesini ele geçiren totaliter rejimler tarafından ortadan kaldırılması sonucunda, militan demokrasi ürünü Anayasalar ortaya çıktı.

“Dikta ve despotizm altında edinilen deneyimler sonucunda Anayasalara şekil veren Anayasa koyucular, insanlık onuruna olan inançlarını yeni Anayasaların merkezine yerleştirdiler.”¹⁰⁷ Bu Anayasalarda hak ve özgürlükler güvencelere bağlanarak olası bir diktatörlüğe neden olacak şekilde kullanımının önüne geçilmeye çalışıldı. Temel hak ve özgürlükler güçlendirilirken, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının denetimini yapan Anayasa Mahkemelerinin kurulması yoluna gidildi.

20. Yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkan totaliter rejimlerden ders alan Anayasa koyucular, temel hak ve özgürlükleri daha çok katı Anayasalar şeklinde ve onlara güvence vererek sağlamlaştırmaya çalıştılar. Devletin veya ulusun çıkarları için temel hak ve özgürlüklerin sınırlama olanağı kabul edilirken, temel hak ve özgürlüklerin korunup güvence altına alınması için de devlet otoritesinin hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin sınırlandırılması uygun görüldü.¹⁰⁸ Çoğunluğu gerçekten temsil eden bir iktidarın, azınlığı büsbütün ortadan kaldırmaya ve mutlak bir baskı kurmaya yeltendiği¹⁰⁹ gücün, yasalarla sınırlandırılması kabul edildi.

¹⁰⁵ Türkiye’nin toplumsal gereksinimlerinden kaynaklanan ve V. SAVAŞ tarafından dile getirilen “*Militan Demokrasi*” ve “*Militan Atatürkçülük*” kavramları için ayrıca bkz. V. SAVAŞ, *Militan Atatürkçülük...*, age., ; V. SAVAŞ, *İrtica ve Bölücülüğe Karşı Militan Demokrasi*, Genişletilmiş 13. Bası, 2001, Ankara : Bilgi Yayınevi.

¹⁰⁶ M. KAPANİ, age., s. 217.

¹⁰⁷ <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/tuerkei/07089.pdf>, [17.12.11], FRIEDRICH EBERT STIFTUNG Derneğinin Düzenlemiş Olduğu Bir Panel, (**Bkz.** Federal Almanya Adalet Bakanı Brigitte Zypries’in 23 Şubat 2009 Tarihli “Temel Hakların Korunması ve Anayasal Denetim” Konulu Konuşma Metni)

¹⁰⁸ Ç. ÖZEK, *İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış...*, agm., s. 135 - 160.

¹⁰⁹ İ. F. AKIN, *Kamu Hukuku*, s. 419.

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını engellemek için “*kamu düzeni*” ve “*milli güvenlik*” gibi kavramlar vasıtasıyla, temel hak ve özgürlüklerde devlet otoritesini ön planda tutan sınırlamalar öngörüldü. Bunun yanı sıra devletin otoritesi karşısında da hak ve özgürlüklere bir takım güvenceler Anayasalarda düzenlenmeye başlandı. Bu güvencelerden “*demokratik toplum düzeni ilkesi*”, “*ölçülülük ilkesi*”, “*yasallık ilkesi*”, her ne halükarda olursa olsun “*öze dokunma yasağı*” gibi ilkeler, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak Anayasal çerçeveye oturtuldu.

Yapılan Anayasaların koruyucusu olarak “*Anayasa Mahkemesi*” gibi kurumlar, militan demokrasi anlayışı ile yapılan Anayasalarda düzenlenen metinler arasına girdi. Fransa’da Anayasa Konseyi, Almanya-İtalya-Avusturya ve bizdeki Anayasa Mahkemesi gibi kurumlar bu görevi yerine getirmeye başladı.

Esasen yasama organını hedef alan bu sınırlandırma biçimi çok yerinde bir karardı. Devletin otoritesini temsil eden yürütmenin gücü sınırlandırılarak temel hak ve özgürlükler güvenceye alınmış, aynı zamanda yasamanın yasama işlemleri de yargısal denetime tabi tutularak güvence mekanizması sağlanmıştır. Öte yandan her ne kadar yargı erkinin yürütmeyi ve yasamayı denetlemeye başlaması çok olumlu bir gelişme olmuşsa da, kimi zaman yargı organlarının yürütme tarafından bağımsızlığına helal getirecek şekilde yeniden düzenlenmeye başlanması, özgürlüklere olan güvencenin zedelenmesine yol açacak uygulamalara neden olmuştur.

Devletlerin uluslararası, bölgesel ve ulusal düzeylerde insan haklarını tanımalarını ve güvencelere bağlamalarını öngören çeşitli uluslararası sözleşmeler de kabul edilerek, devlet otoritesinin diğer ulus üstü araçlarla sınırlandırılması sağlanmıştır. Örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin (İHEB) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kabul edilip Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) yargılama yetkisinin de tanınmasını düzenleyen sözleşmeler, bu yönüyle, hak ve özgürlüklerin güvencesinin artık ulusal değil, ulus üstü bir anlam kazandığını ortaya koymuştur.

Sözleşmelere aykırı hareket eden devletler, sözleşme hükümlerince; çeşitli yaptırımlara maruz kalıp ihlal ettiği temel hak ve özgürlüğün ilk önceki konumuna getirilmesini sağlama biçimde zorlanması yoluna gidilmiştir. Şöyle ki, devletler; hak ve özgürlüğü ihlal edilen bir yurttaşının bireysel başvuru hakkını kabul ederek, ulusal üstü divanlarda

hak arayışlarını desteklemek zorunda kalmışlardır. Dolayısıyla insan haklarının söz konusu olduğu her durumda, ulusların iç işlerine karışmama ilkesi etkinliğini yitirir bir duruma gelmiştir.¹¹⁰

İkinci Dünya Savaşı sonrası mevcut kara Avrupası'nda yaşanan siyasal gelişmeler neticesinde ders alınarak militan bir anlayışla yapılan Anayasalar, demokrasinin kullanılması yoluyla ortaya çıkabilecek bir diktatörlüğün önünü engellemek istemiştir. Ulusal Anayasalar yeterli görülmemiş, ayrıca ulus üstü sözleşmeler meydana getirilerek devletlerin bu sözleşmelere istinaden egemenlik yetkilerinin sınırlanması ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması öngörülmüştür. Böylece iç hukuk yollarını bitiren bir temel hak kullanıcısının, ulusal üstü hukuk yollarına başvurması, hak ve özgürlükler açısından devletlerin egemenlik yetkilerini sınırlandıran olumlu bir gelişme olmuştur.

Özellikle gerek Avrupa kıtası, gerek Amerika kıtası, gerekse de Birleşmiş Milletler çerçevesinde yer alan koruma mekanizmaları, gittikçe daha güçlü ve daha etkili bir şekilde çalışır hale gelmiştir.¹¹¹ Şu anda Avrupa Konseyi çerçevesinde işleyen mekanizma, dünyanın açıkça en gelişmiş mekanizmasıdır.¹¹²

2.2 TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

Hak ve özgürlüklerin kendini ortadan kaldırma amacıyla kullanılması ya da genel olarak kötüye kullanılmalarının önlenmesi temelli bir yaklaşım; özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu beraberinde getirir.¹¹³ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması deyimini de; “belli bir temel hak ve özgürlüğün güvence altına aldığı yaşam kesitini, daha yeni bir terimle ‘norm alanını’ daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu bir sınırlama”¹¹⁴ şeklinde ortaya çıkar. Diğer bir deyimle sınırlama; belli bir hakkın Anayasaca öngörülmüş

¹¹⁰ Y. ALİEFENDİOĞLU, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından ...,s. 26-46.

¹¹¹ R. AYBAY, *İnsan Haklarının Gelişimi*, Yuvarlık Masa Çalışmaları, 1. Basım, Nisan 2001, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara: Tübitak Matbaası, s. 123.

¹¹² R. AYBAY, agm., s. 123.

¹¹³ S. YOKUŞ, *AIHS.’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, 2002, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 65.

¹¹⁴ F. SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 1982, Ankara: AÜSBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basım Evi, s. 21 vd.

bulunan norm alanına kanun yoluyla yapılan müdahale neticesinde o norm alanının daralmasını ifade etmektedir.¹¹⁵

Acaba her düzenleme bir sınırlama mıdır veya her sınırlama aynı zamanda bir düzenleme midir? Öğreti de düzenleme kavramı ile sınırlama kavramı genelde eş anlamda kullanılmıştır.¹¹⁶ Sağlam'a göre hak ve özgürlükler alanında yapılacak olan her sınırlamanın aynı zamanda bir düzenleme olduğu noktasında kuşku yoktur.¹¹⁷ Fakat her düzenlemenin bir sınırlama olduğu görüşünde farklılıklar mevcuttur.¹¹⁸ Sınırlamanın olabilmesi için ilgili maddede yer alan bir hak ve özgürlüğün norm alanının daraltılması gerekir. Zaten temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kanun yoluyla olması nedeni ile her sınırlamanın bir düzenleme olduğunda kuşku yoktur. Dolayısıyla ilgili maddedeki temel hak ve özgürlüğün kullanım alanında daraltma yapmayan düzenlemenin sınırlama olması mümkün gözükmemektedir. O halde her düzenleme bir sınırlama değildir ama her sınırlama aynı zamanda bir düzenlemedir.

Sonu olmayan hak ve özgürlük kullanımının toplumu anarşiye götüreceği ve kamu düzenini ortadan kaldıracacağı ortadadır. Bu gerçekten yola çıkan Anayasa yapıcıları temel hak ve özgürlüklere bir takım sınırlandırmalar getirme gereksinimi hissetmiştir. Bu gereksinim demokrasiye inanmış devletlerin Anayasalarında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sorununu bir sınırlama rejimine ve yöntemine tabi tutarak hüküm altına alması şeklinde karşımıza çıkarmıştır.

2.2.1 Sınırlama Rejimleri

Temel hak ve özgürlüklerin her biri, belirli bir yaşam kesiti içerisinde yer alan insan tutum ve davranışlarını güvence altına alan düzenlemelerdir.¹¹⁹ Bu düzenlemeler de modern devlet Anayasalarında sınırlama rejimine tabi tutulurlar. Anayasalardaki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde, Kapani'ye ve Yokuş'a göre, iki sistemden

¹¹⁵ H. HAZIR, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekim 2004, Ankara: Alter Yayınları-1, s. 97

¹¹⁶ H. HAZIR, age., s. 97.

¹¹⁷ F. SAĞLAM, age., s. 17.

¹¹⁸ Karşıt görüş için bkz. H. HAZIR, age., s. 97 vd.

¹¹⁹ Z. G. BAKIR, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, 2009, Kocaeli: Kuban Matbaacılık Yayıncılık, s. 24.

bahsedilir. Bunlar J. Barthelemy'nin yapmış olduğu ayırım ve adlandırma ile “*önleyici rejim*” ve “*düzeltilici rejim*”dir.¹²⁰

2.2.1.1 Önleyici rejim

Önleyici rejimde hak ve özgürlüklerin kullanımı, serbestlikten ziyade ya müsaade alma şeklinde ya da önceden bildirmek şeklinde cereyan eder. Bu sistemde, kural olarak belli bir özgürlüğün kullanılması serbest olmayıp, önceden müsaade almaya veya hiç değilse bir bildirim yapmaya bağlıdır.¹²¹ Başka bir anlatımla önleyici rejim, ilgiliye özgürlüğünü kullanmadan önce yetkili makamın denetiminden geçme (garanti vermek, izin almak, bildirmek gibi) zorunluluğunu yükler.¹²² Bildirim yapma gereğini istemedeki Anayasal amaç, kamu düzeni ve güvenliği ile alakalı olmasından kaynaklanmaktadır. Elbette ki demokratik haklarını kullanmak amacıyla toplantı ve gösteri yapmak için bir araya gelmiş bir grubun; hak ve özgürlük kullanımının, kamu düzenini ve güvenliğini tehlikeye atacak şekilde farklı bir boyuta ulaşması neticesinde, kolluk güçlerince tedbirler alınmasını gerektirebilir. İşte böyle bir durumda bildirim olması, hem gerekli güvenlik tedbirlerinin önceden alınmasını sağlayacak, hem de hak ve özgürlüğün kullanımındaki aşırılığın ya da yasadışılığın hesabı sorumlulardan sorulma cihetine gidilebilecektir.¹²³

Önleyici bir sistem kullanılarak meydana getirilmiş bir hak ve özgürlüğün sınırlanmasının katılık derecesi, “*yasaklayıcı önleme*” ve “*düzenleyici önleme*” şeklinde kendini gösterir. Yasaklayıcı önlemede sınırsız bir takdir yetkisine sahip olan devlet otoritesi, temel hak ve özgürlüğü gerekçesiz bir şekilde kesin olarak men edebilir. Tamamen yönetimin takdiri ile özgürlüğü kullanacak olanın izin isteminin gerekçesiz ve kesin bir şekilde reddinin olanaklı olduğu bu sistemde, özgürlüğün pratik olarak varlığından söz etmek olanaklı bile değildir.¹²⁴ Çünkü bir hak ve özgürlüğü kullanmak

¹²⁰ M. KAPANİ, age., s. 232, dipnot 126 ; S. YOKUŞ, age., s. 69.

¹²¹ M. KAPANİ, age., s. 232 ; H. KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Mart 2009, Ankara: Seçkin, s. 116.

¹²² T. Z. TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5. Bası, 1982, İstanbul : Evrim Matbaası, s.220.

¹²³ **Bkz.** S. YOKUŞ, age., s. 69 ; M. KAPANİ, age., s. 234.

¹²⁴ S. YOKUŞ, age., s. 69.

için izin isteyen hak ve özgürlük kullanıcısına “idare tarafından verilen ret kararı gerekçesizdir; bu karara karşı bütün itiraz yolları kapalıdır.”¹²⁵

Düzenleyici önleme; izin usulüne dayandırılmadan, önceden bazı koşulların yerine getirilmesi şartı ile temel hak ve özgürlüğün kullanılmasına izin veren bir sistemdir. Devlet otoritesini temsil eden idarenin takdir yetkisinin ortadan kalktığı düzenleyici önlemede, “istenilen iznin verilmemesi halinde ret sebeplerinin gösterilmesi gerektiği gibi, ret kararına karşı itiraz yollarının da açık olması lazımdır.”¹²⁶

Toplantı ve gösteri yürüyüşü için önceden bildirim yapılması sureti ile temel hakkın kullanılmasına müsaade verilmesi, bir düzenleyici önlemedir. Türkiye’de toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak için, bireylerin bu isteklerini 48 saat önceden buldukları yerin en büyük mülki amirine bildirmeleri gerekmektedir.¹²⁷ Gösteri yürüyüşü için en büyük mülkiye amirine bildirim verme zorunluluğu, kamu düzeninin korunması için tedbir alınmasını sağlayıcı ve Anayasaca da uygun olan bir tedbir yöntemidir.¹²⁸

Örneğin şehit haberlerinin gelmesi neticesinde terörü protesto etmek için Valilikten izin talebinde bulunan bir gruba Valilik ya yer gösterip izin verir, ya da ret cevabı vererek gerekçesi ile birlikte açıklama yapar. İdarenin yani Valiliğin vermiş olduğu bu ret cevabına karşı itiraz yolunun açık olması düzenleyici önlemeye güzel bir örnektir.

2.2.1.2 Düzeltici rejim

Bastırıcı rejim olarak da bilinen düzeltici rejim; özgürlüklerin kullanımında en uygun yöntem niteliği taşımakla birlikte, yasa koyucunun bu yöntem çerçevesinde özgürlüğün kullanım alanını daraltması neticesinde bu nitelikten uzaklaşmış olur.¹²⁹ Örneğin “temel hak ve özgürlüklerin hem genel hem de özel sebeplerle bindirmeli ya da katmerli bir tarzda sınırlanmak istenmesi”¹³⁰ düzeltici sistemin amacını aşmasına yol açar. O

¹²⁵ M. KAPANİ, age., s. 233.

¹²⁶ M. KAPANİ, age., s. 233.

¹²⁷ Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 10. madde.

¹²⁸ F. MÜDERRİSOĞLU, Anayasal Hak ve Özgürlükler, Onar Armağanı, 1977, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 498, Ayrıca **bkz.** agk. dipnot: 26.

¹²⁹ S. YOKUŞ, age., s. 68.

¹³⁰ B. TANÖR – N. YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, 2009, İstanbul: Beta, s. 130.

yüzden yasa koyucu, bireyin bir hak veya özgürlüğü kullanırken o hakkın norm alanını daraltmaktan kaçınmalıdır.

Bir temel hakkı veya özgürlüğü kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde kullanmayan temel hak veya özgürlük taşıyıcısı, alabileceği cezayı veya verebileceği tazminatı göz önünde bulundurarak hareket eder. Hiç şüphe yok ki, kişinin kendi sorumluluğu altında – kanunların sınırını aştığı takdirde cezalandırılacağını – bilerek serbestçe hareket etme imkânını tanıyan düzeltici sistem, önleyici sisteme kıyasla daha liberal, özgürlüklerin kullanılması bakımından çok daha elverişli bir sistem¹³¹ olsa da etkinliği ancak ölçülü olarak kullanıldığında sağlanacağı da bilinmelidir.

Bu noktada düzeltici rejim bir temel hakkın nasıl ve ne şekilde kullanılacağını ortaya koyan ve o temel hakkın kullanımını esnasında aksi bir gelişmenin olması neticesinde müeyyide uygulayabileceği bir temel hak kullanıcısını da karşısında görmek isteyen bir sistemdir. 1789 İHEB’in 4. ve 5. maddelerine dayanan doktrinde de baskıcı rejim olarak addedilen bu rejimde, hak ya da özgürlüğü kullanacak kişi bütün sorumluluk kendisine ait olmak üzere serbestçe hareket edebilir.¹³² Dolayısıyla hareketinde serbest olan ilgili, kanuna aykırı hareketlerinden dolayı sonuçlarından sorumlu olmakla beraber cezaya çarptırılır ve tazminata mahkûm edilebilir.¹³³

Sınırlama rejimlerinin mukayesesini yapacak olursak eğer; gerek önleyici rejimin gerekse de düzeltici bir rejimin yerine göre uygulandığı sistemler daha başarılı olur düşüncesindeyiz. Gerçekten önleyici rejimin istisna olarak kullanıldığı bunun yanında düzeltici rejimin ise ölçülü bir şekilde uygulandığı karma bir rejim de, amaç ile araç arasındaki verimin daha iyi alınacağı muhakkaktır. Düzen ögesi ihmal edilerek, özgürlük alanı fazla geniş tutulursa, toplumun kargaşaya sürüklenme olasılığı doğar; tersine bir uygulamayla düzen adına özgürlüklerde aşırı bir daraltma yoluna gidilirse de bu durumda da otoriter yönetime kayılır.¹³⁴ O yüzden özgürlük ile düzen arasındaki çizgiyi iyi ayarlamak gerekir. Böylece devlet otoritesi ile hak ve özgürlük serbestliği arasındaki denge ya sağlanır ya da bu dengesizlik en aza indirilir.

¹³¹ M. KAPANİ, age., s. 234.

¹³² H. KALABALIK, age., s. 117.

¹³³ T. Z. TUNAYA, age., s.220.

¹³⁴ İ. Ö. KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, 2006, İstanbul: Legal, s. 234.

2.2.2 Sınırlama Yöntemleri

Devletin kanun yoluyla ham madde halindeki özgürlükleri işlemesi, yani herkesin hak ve özgürlüklerinin nereye kadar uzanıp nerede bittiğini ve bunların kullanılma yollarını açıkça belli etmesi gerekir.¹³⁵ Bu belirginlik Anayasada ve kanunlarda kendini göstererek özgürlüklerin kullanımında sınırlı bir alan belirler. Bu alanı da Anayasayla sınırlama, yasayla sınırlama ve yargısal sınırlama yöntemleri konu olarak ele alır ve temel hak kullanıcısının kullanımına sunar.

2.2.2.1 Anayasayla sınırlama

Anayasal sınırlama, genelde temel hak ve özgürlüklerin tanımı içerisinde yer alan ve Anayasada hüküm altına alınırken kullanım alanlarının açıkça sınırlandığı bir yöntemdir. Anayasal sınırlama yöntemi ile hak ve özgürlüklere yönelik yasama organına yetkiler tanınıp tanınmadığı veya tanınmış olan bir yetkinin sınırının olup olmadığı alenen gözlemlenebilir. Anayasal sınırlamaların en belirgin özelliği, kanun koyucunun bu konularda aksi bir düzenleme yapma yetkisinin bulunmaması, öngörülen sınırlama ya da yasaklamalara uygun düzenleme yapmak ya da yaptırım getirmek zorunda olmasıdır.¹³⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dernek kurma ve toplantı özgürlüğü kenar başlıklı 11. maddesinde, "*Her şahıs asayışı ihlal etmeyen toplantılara katılmak.... hakkına haizdir*" şeklindeki düzenleme bu sınırlama yöntemine örnek olarak gösterilebilir.¹³⁷ Yine ülkemizde de Anayasanın 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğü ile ilgili olarak "*yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz*" şeklindeki düzenleme ile 68. maddede siyasi partilerle ilgili olarak "*siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik*

¹³⁵ M. KAPANİ, age., s. 226.

¹³⁶ M. SAĞLAM, Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, AYD, C. 19, Yıl 2002, s. 233 – 266.

¹³⁷ A. EREN, Özgürlüklerin kullanılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Şubat 2004, İstanbul: Beta, s. 17.

Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez” şeklindeki diğer bir düzenleme Anayasal sınırlamaya örnek gösterilebilir.

Dikkat edilirse Anayasa yasa koyucuya, öngörülen sınırlamalara veya yasaklara uyma zorunluluğu getirmiştir. Şöyle ki yasa koyucu söz konusu hak ve özgürlüğü, “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının özgürlüklerini korumak” şeklinde geçen Anayasal sınırlamalara uygun düzenleme yapmak zorundadır.

Zaten ülkemizde uygulama alanı bulan Anayasalara bakıldığında ise, temel hak ve özgürlüklerde sınırlama, 1924 Anayasası ile başlamış, 1961 Anayasası ile çağın en uygun noktasında yerini almış, 1982 Anayasası’yla da çok kötü sınırlamalarla karşılaşarak öğretilere eleştirilere neden olmuştur. Sonradan yapılan zoraki düzenlemelerle Anayasal sınırlama rejimlerinde iyileştirilmeye gidilmiş, temel hak ve özgürlükler rahat bir uygulanma alanına ancak kavuşabilmiştir.

2.2.2.2 Yasayla sınırlama

Temel hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması, meclis tarafından yapılan sınırlayıcı yasaların, hak ve özgürlüğü kısıtlanan bireyin denetimi altında yapılmasına olanak verir.¹³⁸ Bilindiği gibi yasama organı çalışmalarının aleni olması, yapılan yasaların kamuoyunun denetimine açık olmasını sağlar. Bu da hak ve özgürlüğü sınırlanacak olan her bireyin itirazda bulunabilme durumunu ortaya çıkarır.

Temel hak ve özgürlükleri sınırlama yöntemlerinden biri olan kanunla sınırlama; basit sınırlamalı yasa kaydı, nitelikli sınırlamalı yasa kaydı ve son olarak da örtülü sınırlamalı temel haklar şeklinde üçe ayrılmaktadır.

Basit sınırlamalı yasa kaydı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen yasadan hiçbir istekte bulunulmadığı durumlarda söz konusudur. Diğer bir ifade ile yasa koyucuya genel anlamda sınırlama yetkisinin verildiği durumları belirtir.¹³⁹ “*Öğrenim*

¹³⁸ Y. SABUNCU, age., s. 59.

¹³⁹ F. SAĞLAM, 2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, AYD., Yıl: 2002, s. 288 – 310.

hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir” şeklindeki Anayasal hüküm, basit sınırlamalı yasa kaydına bir örnektir. Yine Anayasamızın 42. maddesinin 6. fıkrasına göre, “*eğitim ve öğrenim hakkı*”, Anayasanın 50. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*ücretli izin hakları*”, Anayasanın 54. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*grev hakkının kullanılması ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalar*”, Anayasanın 66. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi*” gibi düzenlemeleri, çoğaltarak basit yasa kaydına örnek olarak gösterebiliriz.¹⁴⁰

Nitelikli sınırlamalı yasa kaydı ise, “Anayasanın, sınırlamanın yasayla yapılabileceğini istemekle kalmadığı, bunun dışında sınırlama getiren yasanın ya da sınırlamanın belli koşullara dayanmasını, belli amaçlara hizmet etmesini veya belli araçları kullanmasını istediği temel haklarda”¹⁴¹ söz konusudur. Bu kanunsal sınırlamaya Anayasanın 33. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir*” şeklindeki düzenlemeyi yine örnek olarak gösterebiliriz. Ayrıca Anayasanın 26. maddesinde yer alan “*düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün*” de nitelikli sınırlamalı yasa kaydına bir örnek olduğunu vurgulamak gerekir.

Örtülü sınırlamalı temel haklar, Anayasalarda bir hakkın veya kullanımda olan bir özgürlüğün sınırlanmasına dair bir kısıtlamanın hüküm altına alınmadığı durumlarda ortaya çıkar. Temel hakkın kullanımıyla, o temel hakka göre daha yüksek bir basamakta değerlendirilen bir başkasının temel hakkı ya da Anayasa ile korunan başka bir hukuksal değer çatıştığında¹⁴² örtülü sınırlamalı temel haklar devreye girer. “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” şeklindeki Anayasanın 27. maddesindeki düzenleme, örtülü sınırlamalı temel haklar kategorisine girer. Nitekim bu özgürlük hiçbir sınırlama nedeni olmasa bile Anayasada, söz gelimi Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre “*insan olma onuru*” noktasında, Alman İdare Mahkemesi’ne göre ise “*devletin varlığını*

¹⁴⁰Örnekler için **bkz.** F. SAĞLAM, agm., s. 288 – 310.

¹⁴¹ Z.GÖREN, Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, S:12, Güz 2007/2, s.39-59.

¹⁴² Z.GÖREN, agm., s. 39-59.

sürdürebilmesi için gerekli olan değerlerin tehlikeye düşmesi” durumunda¹⁴³ sınırlandırılabilir.

2.2.2.3 Yargısal Sınırlama

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulan diğer bir yöntem ise, söz konusu temel hak sınırlandırılmasının hâkim kararına bağlı tutulmasının öngörülmesi olmasıdır. Anayasal metinlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçen söz konusu sınırlama ölçütlerinin içerik açısından tanımlanmasının mümkün olmayışı, yasa koyucu tarafından kanunla yapılan ve sınırlandırmayı hedef alan düzenlemelerin açık veya belirgin olmayışı gibi sebepler bazı sorunlara neden olabilmektedir.¹⁴⁴

Sınırlanması bir kanun tarafından uygun görülen temel hak ve özgürlükleri bireyin kullanması durumunda, devlet otoritesinin kullanıcısı olan yürütme, sınırlama işlemini genelde kamu gücü marifeti ile yerine getirme yoluna gitmektedir. İşte bu nokta da yasal olarak düzenlenmiş ve sınırlandırılması uygun görülmüş veyahut sınırlandırılmasına sınır çizilmiş olan temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kanundan ne anladığımız ve onu nasıl uygulayacağımız konusu önemli olmaktadır. Bu durum yasalarla düzenlenip uygulamaya konulan temel hak ve özgürlüklerin kullanımına işlerlik kazandıran iki Anayasal Kurumu ortaya çıkarır: bunlar yürütme (idare) ve yargı (yargıçlar).¹⁴⁵ Çünkü söz konusu iki kurum yani yürütme ve yargı, sınırlandırılması veya belli çerçevede kullanılması uygun görülen bir temel hak ve özgürlüğün denetimini yasalara uygun olarak yaparak işlerlik kazandırır.

Özellikle son zamanlarda yaygın hale gelen bu yöntem sayesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen kanun metinlerinin yorumu, Anayasalar tarafından alanında uzman kişilerce yorumlanması uygun görülmektedir.¹⁴⁶ O açıdan 1982 Anayasası'na bakıldığında; bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale

¹⁴³ **Bkz.** Sünderin ve Mephisto Kararları, aktaran Z. GÖREN, Anayasa Hukuku, 2005, Seçkin Yayıncılık, s.368 vd.

¹⁴⁴ **Bkz.** s. 65 vd.

¹⁴⁵ M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 289.

¹⁴⁶ C. ÇELİK, Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması, Gazi Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 67.

edilebilmesi için hâkim kararı zorunlu görülmekte, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise yetkili mercinin kararının hâkim onayına sunulmasını zorunlu şart olarak düzenlemektedir.

Aslında söz konusu düzenlemelerle kanun koyucu, temel hak kullanıcısı olan bireyin hak ve özgürlüğünü idare karşısında korumak amacıyla, bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale etme yetkisini yürütmenin herhangi bir memuruna değil, bağımsız ve teminatlı kişiler olan hâkimlere vermeyi düşünmüştür.¹⁴⁷ Her ne kadar hâkimin bu kararının idari bir karar olduğu yönünde öğretide tartışmalar olsa da, hakim olan görüşün hâkimin vermiş olduğu kararın yargısal nitelikte olacağı yönünde olmuştur.¹⁴⁸ Bu yöntem ile temel hak ve özgürlüklerin daha da garanti altına alınmak istenmesi Anayasa koyucular tarafından hedeflenmiş ve temel hak kullanıcıları açısından yerinde bir güvence oluşturmuştur.

2.3 ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE VE TÜRK ANAYASALARINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

Temel hak ve özgürlükler; gerek uluslararası toplulukların meydana getirdiği sözleşmeler tarafından, gerek bölgesel birlikteliklerce taraf olunan antlaşmalarca, gerekse de ulusal devletlerin Anayasalarında çeşitli sınırlamalara ve güvencele tabi tutularak kabul edilmişlerdir.

2.3.1 Uluslararası Belgelerde Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Bazı uluslararası belgelerde temel hak ve özgürlükler, sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Yani uluslararası belgelerde temel hak ve özgürlükler üzerindeki sınırlamalar; belirli ölçütlere, koşullara ve tekniklere bağlanmıştır.¹⁴⁹ Bu belgelerden İHEB, her ne kadar uluslararası bir anlaşma olarak görülme de çoğu devlet tarafından onaylanmak sureti ile kabul edilmiştir.¹⁵⁰ 10 Aralık 1948 yılında Birleşmiş Milletler

¹⁴⁷ Yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanabildiği bir kuvvetler ayrımında, ancak hakimler teminatlı ve bağımsız olabilir(!). C. ÇELİK, agt., s. 68.

¹⁴⁸ C. ÇELİK, agt., s. 68.

¹⁴⁹ Z. G. BAKIR, age., s. 24.

¹⁵⁰ **Bkz.** İ. F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 107 vd. ; R. KORKUSUZ, age. s. 50,51,57 vd.

Genel Kurulu'nda kabul edilen bu belge, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını 29. ve 30. maddelerinde düzenlemiştir.

29. maddenin ikinci ve üçüncü bentleri; *herkes, haklarının ve hürriyetlerinin kullanılmasında, sadece, başkalarının haklarının ve hürriyetlerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi amacıyla ve ancak demokratik bir cemiyette ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı icaplarını yerine getirmek maksadıyla kanunla belirlenmiş sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu hak ve hürriyetler hiçbir veçhile Birleşmiş Milletler'in amaç ve prensiplerine aykırı olarak kullanılamaz* diyerek, sınırlama nedenlerini ortaya koymuştur. Devamı niteliğinde olan 30. maddenin içeriğinde ise; *“İşbu Beyanname'nin hiçbir hükmü, herhangi bir devlete, zümreye ya da ferde, bu Beyanname'de ilan olunan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz”*¹⁵¹ denilmek suretiyle, temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmıştır.

İHEB'in 30. Madde içeriğine düşünce ve ifade özgürlüğü açısından bakmak istediğimizde, sadece *“faaliyet”* ve *“eylem”* ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Düzenlemede geçen bu ifadeler, öğretilerde tartışma konusu olan ‘düşünce veya ifade özgürlüğünü bir *faaliyet* veya bir *eylem* olarak değerlendirmemiz mümkün müdür?’ sorusunu aklımıza getirmektedir. Elbette ki, düşünce veya ifade özgürlüğü bir eylem veya bir faaliyet olarak değerlendirilmemektedir. İfade özgürlüğü insanı suç işlemeye teşvik etmek ya da iftira, sövmek, hakaret etmek biçiminde kullanılmamayı tanımlamaktadır.¹⁵²

Eylem veya faaliyet düşünme işleminden sonraki safhada oluşan bir durum olduğundan *“bildirge (de) özgürlükler aleyhine eylemleri yasaklamakta, ancak düşünce ve ifade özgürlüğüne bir sınır getirmemektedir.”*¹⁵³ O yüzden her hangi bir anlatım aracıyla dış dünyaya yansımamış, insanların zihinlerinde kurguladıkları fikirlere sınırlama

¹⁵¹ **Bkz.** İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html [01.05.2011].

¹⁵² Y. ATAR, Türk Anayasa Hukuku, En son Anayasa ve Mevzuat Değişiklikleri İşlenerek Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Konya, s. 126.

¹⁵³ S. YOKUŞ, age., s. 89 ; Düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında *“açık ve mevcut tehlike ölçütü”* için **bkz.** Z. GÖREN, Anayasa Teorisi, 2005, Ankara: Seçkin, s. 213 vds.

getirilmesinin söz konusu olamayacağını 30. maddenin içeriğinin güvencelediğini söylemek mümkündür.¹⁵⁴

Fakat Birleşmiş Milletlerce ilan edilen ve “bildiri’de yer alan temel hak ve özgürlükleri uygulamaya koyacak, bunları gerçekleştirecek ve koruyacak bir düzen”¹⁵⁵ ne yazık ki öngörülmemiştir. Bu durum hukuken bağlayıcı gözükmeyen sözleşme hükümlerinin kâğıt üzerinde kalması sonucunu doğurmuşsa da, İHEB, kendisinden sonra gelecek olan diğer bildirilere öncülük etmiştir.¹⁵⁶ Zaten tarihte yaşanan her olumsuz gelişme ve her olumsuz deneyim, kendisinden sonra meydana gelecek olan gelişmeleri olumlu yönde etkilemiştir. O nedenle sonraki belgelerin içerisinde yargısal denetim mekanizmalarının düzenlenmesine katkısı olmuştur.

O yüzden İHEB’in bir önsöz ve 30 maddeden oluşan metni incelendiği zaman; bunun çağdaş Anayasalarda yer alan insan hak ve özgürlüklerini geniş bir şekilde kapsadığı ve çağdaş görüşe uygun olarak klasik özgürlüklerle yeni (sosyal ve ekonomik) hakların bir sentezini gerçekleştirmeye çalıştığı yönüyle önemli bir belge olduğu görülecektir.¹⁵⁷

Diğer önemli bir uluslararası belge olan AİHS, Avrupa’daki totaliter yapılardan kurtulmanın sonucunda kabul edildi. İkinci Dünya Savaşı öncesi totaliter yönetimlerin yürütmeyi ele geçirerek hak ve özgürlüklerin hatta insan onurunun yok olmasına neden olacak şekilde eylemlerde ve faaliyetlerde bulunmaları, yeni bir Avrupa’nın kurulması sonucunu doğurdu. Avrupa Konseyi olarak oluşan bir siyasal birliktelik de “demokratik bir düzen olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişemeyeceği görüşünden yola çıkarak”¹⁵⁸ “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini*” ortaya koydu. Bu sözleşmenin neticesinde 25 ülkeyi içine alan bir siyasal birliktelik meydana gelerek dünya devletleri arasında bir bölgesel bloğun oluşmasını sağladı.

¹⁵⁴ E. KÜZECİ, *Kişisel Verilerin Korunması*, 2010 Haziran, Ankara: Turhan, s. 270.

¹⁵⁵ C. ŞANLI, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması, Demokratik Hukuk Devletinde Temel Hak ve Hürriyetler*, Kasım 1997, İstanbul: İlim Yayma Cemiyeti, s. 79-97.

¹⁵⁶ M. SOYSAL, *İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği*, AYD, Yıl: 1986, C. 3, s. 40,41.

¹⁵⁷ M. KAPANİ, age. s. 67; R. KORKUSUZ, age. s. 57.

¹⁵⁸ Ş. ÜNAL, *Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması*, AYD., Yıl:1994, C. 11, s. 47.

AİHS'nin 17. maddesinin, “*Bu sözleşmenin hiç bir hükmü, bir devlet, grup ya da kişiye burada öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeyi ya da Sözleşmede hükme bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmayı amaçlayan bir etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamaz*”¹⁵⁹ şeklinde ki düzenlemesi ile hakların kötüye kullanılması yasağını belirterek, hak ve özgürlükleri sınırlandırmıştır.

Maddenin içeriğine baktığımızda, etkinlik ve eylem ifadelerinin yer almasından dolayı madde metninin düşünceyi ve ifade özgürlüğünü kapsamadığı yorumuna da ulaşılabileceği görülecektir. Zaten öğretilerde AİHS'nin 17. maddesinin ilham kaynağını, İHEB'in 30. maddesinden aldığı yönünde görüşler ortaya konmuştur.¹⁶⁰

AİHS'ne göre bir sınırlandırmanın olabilmesi için; yasallık, hukukun üstünlüğü, sınırlamanın meşru bir amaca yönelik olması, ölçülülük, çoğulculuk, hoşgörü veya iyi niyet gibi bazı ölçütlerin olması gerekir. Bu çerçevede meşru amaç nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ancak sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olması şartına bağlıdır. “Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik prensipleri çerçevesinde tanımlanan demokratik toplumda, azınlık çoğunluk karşısında”¹⁶¹ böylece sözleşmeye göre korunmuş olacaktır.

Bir diğer uluslararası belgelerden olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de, temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir diğer belge olmuştur. Gerçekten de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını kabul eden sözleşmenin, 29. madde metni içerisindeki “*Her bir kişinin ailesine, bağlı olduğu topluluğa ve insanlığa karşı sorumlulukları vardır. Her bir kişinin sahip olduğu haklar, bir demokratik toplumda, başkalarının hakları, herkesin güvenliği ve genel refahın adalete uygun gerekleriyle sınırlıdır*” şeklindeki düzenlemesi, hak ve özgürlüklerin sınırını çizen bir uluslararası belge olmasını sağlamıştır.

¹⁵⁹ **Bkz.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, C. C. AKTAN, Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, 2000, Ankara, s. 169-175.

¹⁶⁰ S. YOKUŞ, age., s. 95 ; Ayrıca aksi görüş için **bkz.** Z. GÖREN, age., s. 212.

¹⁶¹ N. ÇAVUŞOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Toplum Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, 1994, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s.52 vd.

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı bağlamında en fazla tartışılan ifade özgürlüğü konusu, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tam anlamıyla güvence altına alınmıştır.¹⁶² Bu yönüyle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ifade özgürlüğü açısından diğer uluslararası belgelerden, daha belirgin olmuştur.

Yukarıda yazılan uluslararası belgeler değerlendirildiğinde, temel hak ve özgürlükler tüm dünya devletlerinin tartışma konusu olmuştur. Şunu bilmek gerekir ki insan hakları belgeleri, öncelikli ve asıl olarak, hakları kurumsallaştırmak, onlara hukuk âleminde hayatiyet vermek maksadıyla üretilmişlerdir.¹⁶³ O nedenle hak ve özgürlükler konusu, kabul edilen uluslararası belgelerle veya sözleşmelerle değerlendirilerek kurumsallaşmış ve hukuk âleminde yer edinmiştir. Neticede bu düzenleme biçimleri ya bölgesel bir sözleşme ya da evrensel bir belge olarak karşımıza çıkmıştır. Diğer devletlerin de temel hak ve özgürlükleri konu edinen bu belgelere veya sözleşmelere evrensel anlamda uymaları beklenmiş ve bunun içinde hak ve özgürlüklere sınırlamalar da getirerek keyfiyetin önüne geçilmek istenmiştir.

Umarız temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili tüm bu ve benzeri uluslararası belgeler, demokratik hukuk devleti kuralı ihlal edilmeden, sözleşmelerin sınırını çizdiği çerçevede ve her devletin kendi gereksinimini kapsayacak şekilde, dünyadaki tüm halklar üzerinde devlet otoritesi ile hak ve özgürlükler arasındaki denge anlamında ölçülü bir uygulama alanı bulurlar.

2.3.2 Türk Anayasalarında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Osmanlı Devleti'nin yıkılması ile kurulan yeni Türk Devleti, bağımsızlığını kazandıktan sonra "Türk toplumu için her bakımdan bir yeniden doğuş"¹⁶⁴ mücadelesi içerisine girmiştir. Başlangıçta Mustafa Kemal önderliğinde yapılan devrimler neticesinde çağdaşlaşmış uygar medeniyet halkları arasında yer alan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına dair Anayasal düzenlemelerinde gelişmeler göstererek, insan onuruna yaraşır bir biçimde, uygar medeniyetler arasında yaşamayı Türk halkına amaç edinmiştir.

¹⁶² S. YOKUŞ, age., s. 92.

¹⁶³ Z. G. BAKIR, age., s. 27.

¹⁶⁴ B. KUZU, agm., s. 78.

Sonraki dönemlerde değişik ulusal veya uluslararası siyasal gelişmeler hak ve özgürlüklerin kimi zaman kısıtlanmasına, kimi zaman olabildiğince serbestleşmesine, kimi zaman yontularak insan haklarına aykırı bir şekilde düzenlenmesine neden olmuş ise de, gerek ulusal gerekse de bölgesel sözleşmelerce getirilen güvenceler zaman içerisinde insan onuruna yakışır bir şekilde hak ve özgürlüklerin gelişmesini sağlamıştır.

2.3.2.1 1961 Anayasası öncesi dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması

1961 Anayasası öncesinde, 1921 ve 1924 tarihli olmak üzere Teşkilat-ı Esasiye Kanunu¹⁶⁵ adı altında iki Anayasa mevcuttur. Bu Anayasalardan 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda hak ve özgürlüklere dair hiçbir düzenleme yer olmadığından dolayı hak ve özgürlüklerin sınırlanması da söz konusu olmamıştır. Çünkü o dönemlerde 1876 Anayasası yürürlükte iken aynı zamanda 1921 Anayasası da yürürlükte yer almaktaydı. Ayrıca ülke bağımsızlık savaşı verirken, emperyalizme karşı bir “*var olma*” mücadelesi yaşarken elbette ki temel hak ve özgürlüklerin ön planda gelmesi ve bu olağan üstü durumda bireyin hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesi düşünülmemiş veya öncelikli konular arasında yer almamıştır.

Bununla birlikte 1924 Anayasası her ne kadar hak ve özgürlüklere dair madde metinlerine yer vermişse de, “özgürlükleri geniş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlememiş, çoğu zaman bunların yalnızca adını vermek ve sınırlarının kanunla çizileceğini belirtmekle yetinmiştir.”¹⁶⁶ Hak ve özgürlüklerin kullanım şekilleri ve sınırlarını belirleme işi TBMM'ye bırakılmış, ancak onun bu yetkiyi hangi esaslar dâhilinde kullanacağına ilişkin hiçbir açıklamaya yer verilmediği gibi, bu yetkisini keyfi ya da özgürlükleri yok edecek tarzda kullanması ihtimaline karşı herhangi bir önleyici tedbir de düşünülmemiştir.¹⁶⁷ Çünkü o dönemlerde Türk Anayasal metinlerin arasına ilk kez 1961 Anayasası ile girecek olan “*Anayasa Yargısı*” kavramı yer olmadığından dolayı yapılacak olan kanunların keyfiliklerinin denetimi olanaksız olmuştur.

Öyle ki Meclis hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına dair dilediği kanunu dilediği bir şekilde çıkarabilecek duruma gelmiştir. 1924 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin

¹⁶⁵ Bkz. 1921 ve 1924 Anayasası, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=21&lang=0>, [03.01.2011], <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=20&lang=0>, [03.01.2011].

¹⁶⁶ M. R. KORKUSUZ, age., s. 212.

¹⁶⁷ Ö. ANAYURT, agm., s. 8.

tanımına ve sınırlanmasına 68. Maddesinde yer vermiştir. “ *Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır. Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tâyin edilir*” şeklinde belirlemiştir.¹⁶⁸

1924 Anayasasının en zayıf yönünü oluşturan özgürlüklerin sınırının kanuna bırakılması ve buna karşı da herhangi bir güvencenin getirilmemesi ile beklenen tehlikeler, gerek tek partili dönemde gerek çok partili dönemde kendini göstermiş ve özgürlükler Anayasaya aykırı kanunlarla görülmedik ihlallere maruz kalmıştır.¹⁶⁹ 1961 Anayasası’nın düzenlenmesine ve 1960 İhtilalinin yapılış gerekçesini dolaylı da olsa Meclis tarafından yapılan bu hak ve özgürlük ihlalleri oluşturmuştur.

2.3.2.2 1961 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması

1961 Anayasası hürriyetleri kısaca ve genel prensipler halinde saymakla yetinmeyerek sınırlamanın sebeplerini, şeklini ve ölçüsünü belirten etraflı hükümler koyma yoluna gitmiştir.¹⁷⁰ O yüzden 1924 Anayasası’nın yasama organına vermiş olduğu sınırsız bir yetki ile temel hak ve özgürlükler üzerinde dolaylı olarak tahribata neden olması, 1961 Anayasa yapıcılarının hak ve özgürlüklere yönelik daha ayrıntılı düzenlemeler yapmasına vesile olmuştur.¹⁷¹

1961 Anayasası, 11. maddesinde¹⁷² geçen “*Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*” şeklindeki metin ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenlemiştir.

1961 Anayasası’nda genel olarak 11. maddenin yanı sıra, her temel hak ve hürriyetin hangi sebeplerle sınırlanabileceğini, o özgürlükle ilgili¹⁷³ maddelerde de özel olarak

¹⁶⁸ Bkz. S. Kili - Ş. GÖZÜBÜYÜK, *Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, 3. Baskı, Eylül 2006, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, s. 143.

¹⁶⁹ Ö. ANAYURT, agm., s. 9.

¹⁷⁰ B. KUZU, agm., s. 78.

¹⁷¹ Ayrıntılı olarak bkz. R. AYBAY, *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*, 1963, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 24 vd.

¹⁷² Bkz. 1961 Anayasası, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=19&lang=0>, [03.01.2011].

¹⁷³ C. ÇELİK, *Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler*, 2010, Ankara: Seçkin, s. 79 vd.

belirtme yoluna gidilmiştir. Böylece 1961 öncesi güvencesiz bir hak ve özgürlükten tam güvenceli bir hak ve özgürlük anlayışına geçiş, 1961 Anayasa koyucusu tarafından düşünülmüştür. Kendisinden önceki ve sonraki Anayasalarla karşılaştırıldığında; temel hak ve özgürlükler güvencesini Anayasada kesin olarak sağlayan 1961 Anayasası olmuş ve hukuku devleti anlamında, Türkiye’deki Anayasal gelişimin doruk noktasına ulaşmasını sağlamıştır.¹⁷⁴

Bu tam güvenceli hak ve özgürlük anlayışından bir tanesi, 1961 Anayasası’nın en önemli özelliklerinden birini oluşturmuştur. Alman doktrininden alınarak anayasallaştırılan, “her ne sebeple olursa olsun bir hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulamayacak olması,” 1961 Anayasası’nın özgürlüklere bakış açısını yansıtmıştır.

Hakkın özü 1961 Anayasası Temsilciler Meclisinde görüşülürken; <<kanun bir hakkı düzenlerken bu hakkın veya özgürlüğün cevherine dokunamaz. Hak veya özgürlük, maddede belirtilen maksatlarla sınırlandırılabilir, fakat bu istikamette sınırlarken bile tahrip edilemeyecek, yok edilemeyecektir. Öze dokunmamaktan maksat budur>> şeklinde komisyon sözcüsü tarafından tarif edilmiştir.¹⁷⁵

Hatta kurucu iktidar bu tanımdaki güvenceyi dahi yeterli görmemiş, Anayasal olarak verilmiş olan bir hak ve özgürlüğün aleyhine yapılacak bir yasanın denetimini, yine anayasallaştırdığı bir kuruma yani Anayasa Mahkemesi’ne teslim etmiştir. 11. maddenin gerekçesinde özgürlükleri tahrip edenlerin daima bunları sadece düzenlediklerini iddia ettiklerini, bu düzenlemeyle hakkın özüne kadar tahribe gidilemeyeceği esasının bulunduğu ve kanun koyucunun yetkisini kayıtlayan çok önemli bir kaidenin olduğu ifade edilmiştir.¹⁷⁶

1971 yılında 1961 Anayasası’nın özgün halinde yapılan değişikliklerle¹⁷⁷, 11. maddeye “devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, genel sağlığın korunması”

¹⁷⁴ S. YOKUŞ, Avrupa Birliği’ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye’de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları, İHFM, C.61, S. 1-2, s. 185 - 254.

¹⁷⁵ E. ÖRÜCÜ, 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü, İHFM, C. 41, S. 3-4, s. 145-161; K. ÖZTÜRK, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C.2, 1966, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 1246.

¹⁷⁶ K. ÖZTÜRK, age., s. 1239.

¹⁷⁷ Söz konusu değişikliğin sebepleri için bkz. S. YAZICI, Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine, 1. Baskı, Haziran 2009, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 250, s. 90 vd.

gibi yeni anlam yüklü terimler sınırlama nedenlerine ilave edilmiştir. Eklenen yeni nedenlerle 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin son hali "*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir*" şeklini almıştır.

1971 Anayasal değişikliğinden önce güdülen amaç, "siyasi iktidarın toplum karşısında frenlenmesi ve kişilerin siyasi iktidara karşı korunmasıyken; değişiklikte izlenen amaç, kişilerin ya da çoğulcu toplumu oluşturan örgütlerin iktidara karşı tutum ve davranışlarının düzenin korunması adına önlemlere bağlanması"¹⁷⁸ olmuştur. Sonuç olarak 1961 Anayasası'nın özgün hak ve özgürlük anlayışı ile 1971 Anayasa değişiklikleri ile değişime uğrayan hak ve özgürlük anlayışı, birbirlerinden uzaklaşan bir yaklaşımla düzenleme bulmuştur.

Elbette ki özgürlükleri tehlikeye sokacak veya ortadan kaldıracak biçimde bir kamu düzeni eksikliğinin olması, hiç kimse tarafından istenmeyen bir durumdur. Bununla birlikte bu kamu düzeninin sağlanması için amaç ile araç arasındaki dengenin uygunluğu da önemli bir husustur. Dolayısıyla hedeflenen amaç için, yani kamu düzeninin sağlanması için kullanılacak olan araç, hak ve özgürlüğü en az etkilemeli veya diğer araçlara göre en uygun olacak şekilde seçilmelidir. Oysaki 1971 değişikliklerine bakıldığında, Anayasanın özgün halinin tam tersine hak ve özgürlükleri daha fazla etkileyen araçlara başvurduğu görülmektedir.

Kamu düzeninin sağlanması için 11. maddeye 1971 yılında eklenen yeni terimlere bakıldığında ise, amaç ile araç arasındaki uygunluk özgürlüklerin aleyhine olacak şekilde sağlanmıştır. Maddenin ilk halindeki devletin birey için var olduğu düşüncesi,

¹⁷⁸ S. YOKUŞ, age., s. 151.

değişiklikle birlikte; kamu düzeni ön planda tutularak, bireyin devlet için var olduğu düşüncesine kaymıştır. 1982 yılında düzenlenen Anayasa da bu düşüncüyü devam ettirmiş, 2001 değişikliklerine kadar da 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin ilk halindeki temel hak ve özgürlük anlayışı bir daha geri gelmemiştir.

Zaten ülkemizin siyasal veya hukuksal mekânına bakılacak olursa, 1971 yılı değişiklikleri ile ilk kez genel sınırlandırma nedenlerine başvurulması¹⁷⁹ ve devamında da 1982 Anayasası'nda bu genel sınırlandırma rejiminin benimsenmesi, sınırlamaların her zaman temel hak ve özgürlüklerden önce gelmesine neden olmuştur. Umarız günümüzde de tartışmalara neden olan yeni bir Anayasa yapım sürecindeki hak ve özgürlük anlayışı, 1961 Anayasası'nın da ötesindeki bir anlayışla veya 2001 yılı Anayasal değişikliklerin de ötesinde bir düzenleme ile gelişme yaşar ve diğer dünya devletleri Anayasalarına örnek teşkil eder.

2.3.2.3 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu 13. maddenin içeriğinde yer almıştır. Madde metni “*Temel hak ve hürriyetlerin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında da; temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörülükleri amaç dışında kullanılmayacakları şeklinde belirtilmiştir.¹⁸⁰

1982 Anayasası'nın özgün halinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemesi sistematik olarak 1961 Anayasası'na benzese de, iki Anayasa arasında insan haklarına yaklaşım ve bunların sınırlanması konusunda ciddi farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Kıyaslama yapılacak olursa 1982 Anayasası'nın hak ve özgürlüklerin kullanım alanını 1961 Anayasası'na göre daralttığı görülmektedir.

¹⁷⁹ Y. ATAR, age., s. 128 ; H. TUNÇ - F. BİLİR - B. YAVUZ, age., s. 85.

¹⁸⁰ C. ÇELİK, age., s. 82.

Çoğu demokratik ülke Anayasalarında ve uluslararası insan hakları belgelerinde temel hak ve özgürlükler, kendi düzenledikleri maddelerde belirtilen özel sınırlama nedenlerine dayalı olarak sınırlandırılabilirlerken,¹⁸¹ 1982 Anayasası, yukarıdaki madde metni ile demokratik olmayacak şekilde genel sınırlama nedenlerine yer vermiştir. Bu hali ile 1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetler bağlamında, 1961 Anayasasına nazaran 1961 Anayasasının 1971 ve 1973 yıllarında yapılan değişikliklerine göre daha geri bir düzenleme getirmiştir.¹⁸²

1971 yılında yapılan değişikliklerle 1961 Anayasası'nın özgün halindeki hak ve özgürlüklerin zedelendiğini daha önceki konumuzda belirtmiştik. Oysa 1982 Anayasası'nın düzenlenmesi ile hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından 1971 ve 1973 değişikliklerinden daha da geri bir düzenleme ortaya konmuştur. Böylece 1961 Anayasası'nın özgün halinde altın çağını yaşayan temel hak ve özgürlükler, 1971 ve 1973 değişiklikleri ile gerileme dönemine girerken, 1982 Anayasası ile temel hak kullanıcısı tarafından kullanılması zor bir duruma getirilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasal anlamda günümüze dek uzanan olumlu bu gelişim eğrisi, 1982 Anayasası ile birlikte artık aşağıya doğru dikey bir görünüme dönüşmüştür.¹⁸³

2001 yılında yapılan Anayasal değişikliklerle Anayasanın tümü için geçerli olan genel sınırlama sebepleri ortadan kaldırılmıştır. Genel sınırlama sebeplerinin Anayasadan çıkarılması önemli bir değişiklik olarak kabul edilirken, yeni düzenleme ile getirilen “hakkın özü”, “laik cumhuriyetin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” gibi yeni sınırlamalar da bir o kadar önemli değişiklikler arasında kabul görmüştür.¹⁸⁴

2001 değişikliği sonrasında 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi; “*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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” şeklinde düzeltilerek, “her bir özgürlüğün artık

¹⁸¹ Y. Ş. HAKYEMEZ, Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları, AÜSBF Dergisi, 2002, C. 57(2), s. 17-40.

¹⁸² M. R. KORKUSUZ, age., s. 232.

¹⁸³ S. YOKUŞ, agm., s. 185 - 254.

¹⁸⁴ N. AYDIN, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri, 2008, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 102.

düzenlenmiş olduğu maddede yer alan ‘özel sınırlama sebepleri’ ile¹⁸⁵ sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Ayrıca bu madde metni ile yok edilen 1961 serbestliği, kısmen de olsa geri getirilmiştir.

Bireyin temel hak ve özgürlüklerine daha çok serbestlik tanıyan 1961 Anayasası’nın yerini, kamu düzeninin ön planda olması sebebi ile devlet otoritesini uygun bulan 1982 Anayasası almıştır. Bu değişiklik, özgürlükler ile devlet otoritesi arasındaki dengenin sağlanması veya bu dengenin lehte ya da aleyhte olacak şekilde düzenlenmesi konularını ortaya koymamızı gerektirmektedir. Bu konular bir sonraki bölümümüzde 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı çizilerek ele alınacaktır. Devlet otoritesini temsil eden organlara getirilen sınırlar, 2001 değişikliklerini de kapsayacak şekilde ortaya konarak kıyaslama yapılacaktır.

¹⁸⁵ N. AYDIN, *age.*, s. 102.

3. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN

SINIRLANMASININ SINIRI

3.1 TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE SINIRLAMANIN SINIRI KAVRAMI VE ÖLÇÜTLERİ

“Belirli bir hukuksal ve toplumsal düzen içinde yaşanabilmesi için bireylerin hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getirilmesi kaçınılmazdır.”¹⁸⁶ Bununla birlikte hak ve özgürlüklere getirilecek olan bu sınırlamalar da sınırsız olmayıp, aksine devlet otoritesini temsil eden siyasal iktidarların veya yasa koyucuların keyfiyetini önleyecek biçimde sınırlanarak Anayasal metinlerde düzenlenmesi sağlanmıştır. Keyfiyetin engellenmesi amacıyla temel hak ve özgürlüklerin Anayasalarda güvencelerle donatılması nasıl ki üzerinde durulması gereken bir konu ise, temel hak kullanıcısı olan bireyin hak ve özgürlük sınırının çizilmesi de o derece irdelenmesi gereken bir konudur.

O yüzden temel hak ve özgürlükler, toplum yaşamını korumak ve toplumun en büyük çoğunluğunun temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamak nedenleriyle sınırlandırılmalıdır.¹⁸⁷ Yapılan sınırlandırma makul, temel hak ve özgürlükleri kullanılamaz duruma getirmemelidir.

Çalışmamın ilerleyen sayfalarında da göreceğiniz gibi bireye ve devlet otoritesini temsil eden organlara, temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak Anayasada getirilen sınırlamaların ne olduğu ortaya konacaktır.

3.1.1 Genel Olarak “Sınırlamanın Sınırı” Kavramı

Temel haklar ve özgürlüklerin devlet otoritesine karşı garanti altına alınması çok büyük bir önem taşımaktadır. Bununla birlikte temel hak taşıyıcısının temel hak ve özgürlükleri denetimsiz ve aşırı kullanması, kamu yararıyla veya diğer temel hak

¹⁸⁶ R. TÜRMEEN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2002, C. 28, S. 1-2, s. 196.

¹⁸⁷ Y. SABUNCU, age., Yenilenmiş 14. Bası, s. 63.

sahiplerinin haklarıyla çatışabilecek bir durumun ortaya çıkabileceğini de göz önünde bulundurmak, diğer önemli bir husus olmaktadır.¹⁸⁸ İşte bu noktada devlet otoritesinin keyfiyetine ve temel hak kullanıcısının hak ve özgürlükler kullanımına, bir sınırın çizilmesi zorunluluğu kendini göstermektedir. Elbette ki Anayasalardaki sınırlamalar, hakkı zedeleyebilir; ancak sınırlamaların kendisi aynı zamanda hakkın güvencesini de oluşturabilir.¹⁸⁹ O yüzden şunu unutmamak gerekir ki, gerek devlet otoritesine karşı, gerekse de temel hak kullanıcısının aşırı hak ve özgürlük kullanımına karşı, Anayasalarda ki temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak değişik güvence mekanizmalarının bulunduğu Anayasal düzenlemelerin tümü, “sınırlamanın sınırı” kavramına karşılık gelmektedir.

Anayasalarımız bir takım hak ve özgürlükleri tanımakla yetinmemiş, aynı zamanda sınırlamanın sınırını oluşturacak içeriksel düzenlemelerle de, ayrıca yasama organına hak ve özgürlükleri sınırlandırırken yapamayacağı hususları belirtmiştir.¹⁹⁰ Bu açıdan sınırlamanın sınırı kavramına bakılacak olursa çeşitli tanımlar ortaya konmuştur. Bu tanımlardan biri, hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından nasıl ve ne kadar sınırlandırılabilirliğine getirilen zorunluluk sınırlamanın sınırı kavramını ifade eder şeklinde karşımıza çıkmıştır. Diğer bir söylemde hak ve özgürlükler Anayasalarda belirtilirken, “hangi istisnalara dayalı ve nasıl sınırlandırılabilirliği”¹⁹¹ konusunun o Anayasada düzenlenmiş olması, sınırlamanın sınırı kavramını ortaya çıkarır şeklindedir. Yine başka bir ifade ile “ bir hakkın sınırlandırılması ile onun kapsamı içinde olması gereken bazı etkinliklerin dışlanması, hakkın koruma alanının dışına çıkarılmasını”¹⁹² sınırlamanın sınırı olarak kabul edebiliriz.

Kaboğlu’na göre sınırlamanın sınırına genel anlamda bakıldığında; yani pozitif hukuk düzleminde “*Anayasal çerçeve,*” siyasal açıdan bakıldığında “*demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçütler,*” temel hak ve özgürlük temelli bir yaklaşımla tanımlanmak istendiğinde ise, “*hakkın özü*” kavramının sınırlamanın sınırını

¹⁸⁸ Z. GÖREN, agm., s. 39.

¹⁸⁹ İ. Ö. KABOĞLU, Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu, AYD. Yıl: 1994, C.21, s. 250.

¹⁹⁰ N. AYDIN, age., s. 108.

¹⁹¹ A. EREN, age., s. 15.

¹⁹² M. ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, 2005, s. 197.

oluşturduğunu söylemek çok yerinde olacaktır.¹⁹³ Tanımlamaları çoğaltmak mümkün olmakla beraber hak ve özgürlükler kullanımını devlet otoritesinin baskısından koruyan veya kollayan ya da temel hak kullanıcısı tarafından aşırı derecede kullanılmasına olanak vermeyen Anayasal düzenlemeleri, “sınırlamanın sınırı” olarak görmek mümkündür.

Günümüz modern Anayasaların çoğunda hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı Anayasal bir kural halini almıştır. Çoğu demokratik devlet Anayasalarında, hak ve özgürlüklerin tanımı ve temel hak kullanıcısı tarafından kullanımının sınırı düzenlenirken, yasa koyucuya karşı da bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı belirtilerek güvencelerle donatılması yoluna gidilmiştir. Bu evrensel Anayasal kural, Anayasalarımızda ve öğretide “sınırlamanın sınırı” şeklinde tanımlanmıştır.

3.1.2 Anayasalarımızda Sınırlamanın Sınırı Ölçütleri

Birinci bölümümüzde de ifade ettiğimiz gibi 1921 ve 1924 Anayasalarımızda sınırlamanın sınırı ölçütlerini ortaya koyan bir düzenlemenin olmadığını dile getirmiştik. Gerçektende 1921 Anayasası'nın hazırlanışındaki tarihsel şartlar, temel hak ve özgürlükler kısmının öncelikli olarak düzenlenmesini mümkün kılmamıştır. Keza üç yıl sonra düzenlenen 1924 Anayasası da kaynağını tabii hukuka dayandığı özgürlüğü, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmek olarak tanımlamış ve özgürlüğün sınırını başkalarının özgürlüğünün sınırı olarak belirlemiş,¹⁹⁴ dolayısıyla hak ve özgürlüklere tam bir güvence verememiştir. Tarihsel süreç içerisinde temel hak ve özgürlüklere verilen güvence ilk kez 1961 Anayasasında, olduğu gibi ayrıntılı bir temel hak kataloguna yer verilmesiyle sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁹⁵ Ayrıntılı olarak düzenlenen temel hak ve özgürlükler, Anayasanın 11. maddesi ile birlikte koruma altına alınmaya çalışılmıştır. 1982 Anayasası da bu ayrıntılı hak ve özgürlükleri düzenleme biçimini aynen uygulayarak devam ettirmiştir. Fakat 1961 Anayasasının temel hak ve özgürlüklere bakış açısını, 1982 Anayasası aynı yönde sağlamamıştır.

¹⁹³ İ. Ö. KABOĞLU, age., s. 236 vd.

¹⁹⁴ M. SAĞLAM, agm., s. 233 - 266.

¹⁹⁵ Z. GÖREN, agm., s. 43.

“1961 Anayasası getirdiği haklar ve özgürlükler yönünden bizim Anayasacılık birikimimize çok ileri, yeni kavramlar ve boyutlar kazandırmıştır.”¹⁹⁶ Avrupa’da örneğine rastlanılamayacak türden bir yargı bağımsızlığı, erkler ayrılığı ve dengelemesi ile sosyal hakların geniş biçimde tanınıp güvence altına alınması gibi önemli özellikleri nedeniyle, 1945 sonrası genel eğilime paralel çoğulculuğu esas alan bir Anayasa olmuştur.¹⁹⁷ 1982 Anayasası’nın ilk haline bakıldığında ise hak ve özgürlükleri güvenceleyen ölçütler “ancak” kelimesinin gölgesinde kalmış, artan devlet otoritesini dengeleyecek yargı bağımsızlığı ise sağlanamamıştır.

1961 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı ölçütlerini 11. maddesinde düzenlemiştir. Özgün halinde özgürlüğün temel sınırlamanın istisna olduğu bu madde metni, 1971 yılında da değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten sonra sınırlamanın sınırı ölçütleri; 11. maddede, “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz*” şeklinde sıralanmıştır.

1961 Anayasası’nda dikkati çeken en önemli ölçütlerden bir tanesi; “herhangi bir kanunun herhangi bir temel hak ve özgürlüğün özüne hiçbir suretle dokunamayacak” olmasıdır. Bu yönüyle temel hak ve özgürlükler yönünden çağın en modern anlayışını benimseyen 1961 Anayasası,¹⁹⁸ 1971 yılında değişikliklere uğramasına rağmen, değiştirilmekte amaçlanan kamu düzenini sağlayamamış ve yerini 1982 Anayasası’na bırakmıştır.

Aslında tarihsel gelişim açısından 1982 Anayasası’nın Anayasacılık tarihimizde deyim yerindeyse bir geriye gidişi temsil etmesi nedeniyle, 1961 Anayasası’ndan daha önce yapılmış olması anlaşılması kolay bir durum yaratabilirdi.¹⁹⁹ Ama tarihin akışı bu olumlu durumun beklentisini maalesef tersine gerçekleştirmiştir. Çünkü gerek 1961

¹⁹⁶ S. KİLİ, Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları, AYD. Yıl: 1984, C.1, s. 25.

¹⁹⁷ O. CAN, 1982 Anayasası’nın Temel Hak Anlayışı ve Evrimi, <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/duyurular/BGBvP/OsmanCan.pdf>, [24.06.2011].

¹⁹⁸ A. MUMCU – E. KÜZECİ, age., s. 205.

¹⁹⁹ N. KAYAR, age., s. 379.

Anayasası gerekse de 1982 Anayasası önceki dönemde yaşanan olayların bir daha meydana gelmemesi için düzenlemeler koyan ve birbirine zıt yönlü hükümler içeren Anayasalar olmuşlardır.²⁰⁰

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı ölçütleri, 1982 Anayasası'nda 13. maddede düzenleme alanı bulmuştur. Maddedeki düzenlemede 1961 Anayasası'nın getirmiş olduğu "hakkın özü" kavramı yerini alamamıştır. 1982 Anayasası özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda en bariz değişikliğini, kanunla kısıtlama sebeplerini artırarak ve "hakkın özü" ölçütü yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünü öngörerek ortaya koymuştur.²⁰¹

Tepki Anayasası olarak düzenlenen, özgürlüklerin teröre neden olacağı varsayımından çıkış yapan ve askeri yöntemle hazırlanan bu Anayasa, birey karşısında devleti kutsayan bir yapı olarak karşımıza çıkmıştır.²⁰² Her ne kadar 1961 Anayasası'nın vermiş olduğu özgürlükçü sisteme tepki olarak 1982 Anayasası düzenlense de, (ki ilk çentik 17 Mayıs 1987 Anayasa değişikliği ile atıldı)²⁰³ çeşitli nedenlerle de olsa tekrar tekrar Anayasal değişikliklerle yeniden düzenlenmesi engellenememiştir. Zaten temel haklar ve özgürlükler açısından yapılan Anayasal değişikliklere bakıldığında da, eksikliğin giderilmesi için sürekli eleştirilerek değişimlere maruz kalmıştır.

2001 yılında yapılan Anayasal değişikliklerle 1982 Anayasası daha çok demokratikleştirilmiş, devletin kutsallığı yerine bireyin hak ve özgürlüğüne öncelik verilerek "hakkın özü" ve "ölçülülük" gibi evrensel normlara uygunluğu gösteren kavramlarla içerikleştirilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları'nın 11. ve 13. maddesi değerlendirildiğinde;

- i. Hak ve özgürlüklerin ancak kanunla ve Anayasada belirtilen sebeplere bağlı kalınarak sınırlandırılması,
- ii. Genel sınırlama nedenlerinden;
 - a) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün,

²⁰⁰ H. S. TÜRK, Daha İyi Bir Anayasa İçin ..., Kasım 2003, Tesav Yayınları No:25, s. 80.

²⁰¹ E. MEMİŞ, Türk Anayasa Gelişimleri Süreci(Anayasa Hukuku Notları), 1998, İstanbul, s. 187.

²⁰² H. T. FENDOĞLU, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.), AYD. Yıl: 2004, C. 21, s. 112.

²⁰³ C. EROĞUL, Altıncı Anayasa Değişikliği, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C. 25, S. 231, s. 271 – 288.

- b) Milli egemenliğinin,
 - c) Cumhuriyetin,
 - d) Milli güvenliğin,
 - e) Kamu düzeninin,
 - f) Genel asayişin,
 - g) Kamu yararının,
 - h) Genel ahlakın,
 - i) Genel sağlığın korunması amacıyla,
- iii. Hakkın özüne dokunulamaması,
 - iv. Sınırlamanın öngöröldüğü amaç dışında kullanılamayacağı,
 - v. Bu sınırlamaların;
 - a) Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması,
 - b) Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu,
 - c) Laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluğu,
 - vi. Ölçölülük ilkesi

gibi ölçütlerle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına sınırlar çizilmek istenmiştir.

3.2 1982 ANAYASASI'NDA SINIRLAMANIN SINIRI

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen 1982 Anayasası'nın özgün 13. maddesi, hem genel hem de özel sınırlama hükmü şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla 13. maddenin bu şekilde düzenlenişi, 1982 Anayasası'nın 2001 değişikliği öncesinde genel ve özel nedenlere bağlı ikili sınırlanması ve bu sınırlamaların da belirlediği ölçütlerle sınırlı olmasına sebebiyet vermiştir.²⁰⁴

²⁰⁴ Y. ALİFENDİOĞLU, 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, AYD., Yıl : 2002, C. 19, s.141 - 176.

2001 yılına kadar geçen zaman dilimi içerisinde 6 kez değiştirilmesine rağmen, yetersizlik söz konusu olmalı ki, Anayasanın değiştirilme düşüncesinde de sürekli bir artış olmuştur.²⁰⁵ Bunun sonucunda 2001 yılında yapılan kapsamlı bir Anayasal değişikliklerle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusuna el atılmış, böylece Anayasanın 13. maddesi genel ve özel sınırlandırma hükmü olmaktan çıkarılmıştır. Şimdi ise sil baştan yeni bir Anayasa çalışması sürmekte ve yeni tartışmalara yol açacak gibi de gözükmektedir.

3.2.1 2001 Yılı Anayasa Değişikliği Öncesi Dönemde Sınırlamanın Sınırı

1982 Anayasası'nın özgün haline bakıldığında özgürlük otorite ilişkisinde otoriteye öncelik verip özgürlükleri arka planda bırakan, daha az katılımcı, daha az çoğulcu, daha az demokratik, daha az hukuk devletinden yana bir Anayasal düzeni uygun bulan bir yapıda olmuştur.²⁰⁶ 13. maddesinin içerisinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen bir takım ölçütlere de, kendi hukuk devleti anlayışına göre yer verdiği görülmektedir. Bu ölçütler madde içerisinde; '*genel sınırlama nedenleri, sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluğu, ilgili maddelerinde yer alan özel sebeplerle sınırlandırılma zorunluluğu, bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması şartı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaması gerektiği ve sınırlamanın her şartta kanunla yapılması*' şeklinde düzenlenmiştir.

Yenilenen her Anayasa bir öncekinin eksikliklerini gidermek için bir takım hükümler getirmiştir. 1982 Anayasası da '*genel sınırlandırma nedenleri temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerlidir*' diye düzenleme yaparak, 1961 Anayasası'nın tartışmalara neden olan sözde eksikliğini gidermek istemiştir. Oysa Anayasa, hak ve özgürlükleri sınırlandırma konusunda yasa koyucuya, genel sınırlandırma sebepleri nedeniyle geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

Hak ve özgürlük sınırlamasının istisna olması gerekirken, somut olmayan sınırlama sebeplerinin Anayasaya konarak değişik yorumlara neden olacak bir şekilde

²⁰⁵ S. YOKUŞ, agm., s. 185 – 254 ; İ. Ö. KABOĞLU, Türkiye'de Anayasal Reformlar Üzerine, age., s. 63 ; Ayrıntılı bilgi için bkz. H. T. FENDOĞLU, agm., s. 115 ; Ayrıca değişikliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. C. EROĞUL, agm., s. 271 - 288.

²⁰⁶ N. YÜZBAŞIOĞLU, 2003, Anayasa ve Uyum Yasaları (2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme), 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 28.

düzenlenmiş olması, çağdaş demokrasilerde görülmeyecek bir hal almıştır. “Otoritenin yüceltiildiği, insan haklarının geri plana itildiği bir mantık üzerine”²⁰⁷ yapılan 1982 Anayasası’nın 13. maddesindeki genel sınırlandırma nedenlerinin bu yönü de, öğretide de hep eleştirilere neden olmuştur.

1961 Anayasası’nın içeriğinde yer alan “hakkın özü” ilkesi 1982 Anayasası’nın özgün içeriğinde yer almamış, fakat bu eksiklik Anayasa Mahkemesinin kararlarında kullanılmaya devam edilmiştir. Her ne kadar AYM hakkın özü kavramını kararlarında kullanmaya devam etmişse de; söz konusu kararları, 1982 Anayasası rejiminin köklü değişikliklerinden etkilenmiştir.²⁰⁸

1960’lı yıllarda AYM’nin vermiş olduğu kararların içeriğini bir hak ve özgürlüğün gayesine uygun bir şekilde “*kullanılmasını son derece zorlaştıran*” veya “*onu kullanılamaz duruma düşüren*” sınırlamaları öze dokunma olarak varsayarken; 1982 Anayasası rejiminin köklü değişiklikleri, “*kullanılamaz hale getiren*” veya “*kullanılmasını ortadan kaldıran*” sınırlamaların hakkın özüne dokunacağı şeklinde dar çerçevede tespitlerde bulunmasına sebep olmuştur.²⁰⁹ Bu tespitlerle yasama organının takdir alanı genişlerken, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma dozunun artırılmasını ise Anayasa Mahkemesi kabul etmiş gibi gözükmektedir.²¹⁰

“Hakkın özü” ilkesi açık ve net olmadığından “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesinin tercih edildiği Anayasa komisyonunca dile getirilmiş ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün de hakkın özü ilkesine nazaran belirgin olduğu vurgulanmıştır. Her ne kadar demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinin belirgin olduğu dile getirilse de, öğretide bu ölçütünde belirgin olmadığı tartışma konusu olmuştur.

Zaten hakkın özü ilkesi Anayasa Mahkemesince geniş bir biçimde işlenmiş olan ve yaklaşık yirmi yıllık bir uygulama döneminde açıklık kazanan bir kavram olduğundan dolayı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün hakkın özünden daha

²⁰⁷ S. YOKUŞ, agm., s. 185 - 254.

²⁰⁸ “Hemen söyleyelim ki, 1982 Anayasası’nın getirdiği radikal değişiklik, bir ölçüde de olsa, Yüksek Mahkeme’nin içtihadını da etkiliyor, öz’ün zedelenmemesini sağlayacak olan iki temel koşul, teke iniyor.” **Bkz.** M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 302, dipnot : 482.

²⁰⁹ M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 305.

²¹⁰ M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 305.

güvenceli ve işlevsel bir ölçüt olduğunu iddia etmek olanaklı gibi de gözükmemektedir.²¹¹ Ayrıca madde gerekçesinde yer alan konuşmalar dikkatli okunacak olursa; asıl gerekçenin temel hak ve özgürlükleri, özlerine dokunacak şekilde daha fazla sınırlamak olduğu anlaşılacaktır.²¹²

3 Ekim 2001 tarihli 4709 sayılı Kanunla 1982 Anayasası'nda kapsamlı bir değişiklik yapılarak, 13. maddede yer alan çağdaş demokrasilere uymayan sınırlama ölçütleri kaldırılmış ve yeniden düzenlenmesi sağlanmıştır. Biri geçici biri de yürürlüğe ilişkin olan ve toplamda 36 maddeden oluşan değişiklik yarasının büyük bir bölümü -ilk 26 maddesi- temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmuştur.²¹³

Yapılan 2001 değişiklikleri ile 1982 Anayasası'nın özgün haline tezat, bireyin özgürlüğü ile devletin otoritesi bir dengede sağlanmak istenmiştir. 1982 Anayasası'nın 13. Maddesinin genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılmasıyla, 1961 Anayasası'nın ilk biçimiyle paralellik sağlayacak şekilde sınırlandırmanın yöntemi ve sınırlandırmanın sınırı unsurlarına indirgenmesi başarısı elde edilmiştir.²¹⁴

3.2.2 2001 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrasında Sınırlamanın Sınırı

Ülkemizde yapılan yeni Anayasal düzenlemelerin çoğu bireyin hak ve özgürlüğünü geliştirmek için değil, Batılı devletlerin veya bölgesel birlikteliklerin istekleri doğrultusunda gerçekleştirildiği herkesçe bilinmektedir. Kaldı ki, bu gerçek, "Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi ölçütlerin karşılanması, bu alanda yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır"²¹⁵ denilerek, 4709 sayılı yasanın gerekçesinde de dile getirilmiştir. Zaten uyumun tam olarak sağlanması için de 2001 Anayasa değişiklikleri çalışmaları sırasında da, AB belgeleri ve AİHS referans alınmıştır.²¹⁶ Öte taraftan her ne kadar değişikliklerin arkasında ulusal mevzuatımızla Avrupa Birliği mevzuatını uyumlaştırma çabaları yatmaktaysa da, değişikliklerle tartışma konusu olmuş önemli

²¹¹ N. KAYAR, age., s. 390.

²¹² M. SANÇAR, Devlet Akı Kıskaçında Hukuk Devleti, 2000, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 149

²¹³ C. EROĞUL, agm., s. 271 - 288.

²¹⁴ O. CAN, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, <http://www.setav.org/public/BilgiBelgeDetay.aspx?Dil=tr&dtur=13030&q=hukuk-insan-haklari>, [10.01.2012].

²¹⁵ Ç. YETKİN, Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri, AYD., Yıl: 2002, C. 19, s.312-324.

²¹⁶ S. YOKUŞ, agm., s. 185 - 254.

bazı sorunlar ele alınarak bu sorunlara yönelik yaklaşımlar, çağdaş ve arzu edilen biçimde de gerçekleştirilmiştir.²¹⁷

13. maddenin değişiklikten sonraki yeni haline bakıldığında, maddenin özgün halinde yer alan “*genel sınırlandırma nedenleri*” ile “*sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılmayacağı*” ölçütü düzenlenmemiştir. Bununla beraber genel sınırlandırma nedenleri arasında geçen ‘*milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, kamu ahlakının korunması*’ sebepleri, Anayasanın 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 34. maddelerinde yapılan değişikliklerle her bir maddeye ayrı ayrı serpiştirilmiştir.²¹⁸

‘*Sınırlamanın kanunla yapılması, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, sınırlamanın Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen özel sebeplerle bağlı olması ve sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı*’ şeklindeki ölçütler, 13. maddenin özgün halindeki düzenlemeyle eş anlamlı bir şekilde korunmuştur. Dolayısıyla 1982 Anayasası’nın 2001 değişikliği öncesindeki sınırlama sistemine bakıldığında, insan haklarına aykırı düşen yasaklar içermiş²¹⁹ ve 2001 değişikliği ile birlikte bu yasaklamalar kaldırılarak böylece ilgili maddelere serpiştirilmiş kademeli bir sınırlama düzeni öngörülmüştür.

2001 değişikliğinin 13. maddeye getirdiği yenilikler de olmuştur. Bu yenilikler arasında ‘*öze dokunma yasağı, ölçülülük ilkesi ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk ölçütü*’, 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sağlam güvencelerle donatılmasını sağlamıştır. Öze dokunma yasağı 1961 Anayasasında yer alan fakat 1982 Anayasası’nın 2001 değişikliğine kadar Anayasada yer almayıp, AYM tarafından *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk* ölçütü ile birlikte kullanılan bir ilke olarak karşımıza çıkmıştır. Öğretide bu durumun dile getirilmesi ve AYM’nin de kararlarında sürekli özü işleme neticesinde, hakkın özü ilkesi 13. maddenin yeni halinde ancak yer bulabilmiştir.

²¹⁷ N. NİRAY, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları, Akademik Araştırmalar Dergisi, Şubat-Nisan 2003, Yıl:4, S. 16, s. 4.

²¹⁸ H. TÜLEN, 3.10.2001 Tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme, EHF.D., C. 5, S. 1-4, s. 200. ; Y. ATAR, age., 2. Baskı, s. 130.

²¹⁹ S. YOKUŞ, agm., s. 185 – 254.

Her temel hak ve özgürlükte bir özün bulunduğu varsayımından hareket edilerek hakkın öznesine asgari bir alan, özgürlüğün de kendi içerisinde mutlak bir nitelik taşıması böylece yeniden hedeflenmiştir.²²⁰ Bir hak ve özgürlüğün gereğinden fazla bir şekilde sınırlandırılmasını önlemek amacıyla kabul edilmiş olan *ölçülülük* ilkesi de, *laik cumhuriyetin gerekleri* ölçütüne nazaran daha belirgin ve kesinliği ifade eden bir seçim olmuştur.

1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen 11. maddesi ile 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen 13. maddesini, Anayasal anlamda hukuk devletinin tesisi bakımından karşılaştırmamız gerekir.²²¹ Daha önceki konularımızda da bahsettiğimiz gibi 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin en önemli özelliklerinden biri "öze dokunma" yasağının belirgin olmasıydı. Oysa 1982 Anayasası'nın özgün 13. maddesinde değil "öze dokunma" yasağının yer alması, üstüne birde genel ve özel sınırlandırma nedenlerinin de öngörülmesi ile katmerli bir sınırlama rejimini öngördüğünü ifade etmiştik.

1961 Anayasası'nın sınırlama rejimi ile 1982 Anayasası'nın özgün 13. maddesinin sınırlama rejimi karşılaştırıldığında; 1982 Anayasası'nın sınırlama rejimi, haklı eleştirilere maruz kalacak kadar anti demokratik bir hal almıştır. 1971 yılında 1961 Anayasası'nda yapılan Anayasal değişiklikle ilk kez genel sınırlama anlayışı kabul edilmişse de, hakkın özüne dokunmama ilkesi o zamanda kaldırılmamıştır.²²² Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın 13. maddesi her halükarda, 1961 Anayasası'nda yapılan 1971 düzenlemesindeki anti demokratik uygulamaya rağmen, daha geride bir düzenleme olarak Anayasal tarih içerisinde yerini aldığı söylenebilir.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan temel hak ve özgürlükler ilgili Anayasal değişiklikler, Anayasal anlamda hukuk devletinin tesisi bakımından bir dönüm noktası olmuştur. Yeni düzenleme 1961 Anayasası'nın 11. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama rejimin olumlu yanlarını birleştirmiş, genel ve özel sınırlama nedenleri ortadan kaldırılmakla beraber artık bundan sonra temel hak ve

²²⁰ S. YOKUŞ, agm., s. 185 - 254.

²²¹ **Bkz.** C. EROĞUL, agm., s. 271 - 288.

²²² C. EROĞUL, agm., s. 271 - 288.

özgürlükler yalnızca kendileri için öngörölmüş olan nedenlerden biriyle sınırlanabilecek duruma gelmiştir.²²³

Anayasal değişlikle birlikte her temel hak ve özgürlüğün mutlak bir alanının olduğunu vurgulayan “hakkın özü” güvencesi ile sınırlamanın nasıl yapılması gerektiğini ortaya koyan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü, birbirini tamamlar bir biçimde Anayasada yerini almıştır. Böylece 2001 Anayasa değişikliği ile birlikte alınan ve düzenlemelerde yer alan güvencelerin yanı sıra; “laik Cumhuriyetin gerekleri” ve “ölçülülük” gibi ek güvencelerin de 13. maddede yer alması, 1982 Anayasası’nın da 1961 Anayasası’nın 11. maddesi gibi “uygar dünyanın eriştiğı en ileri düzeye uygun bir hukuk devleti”²²⁴ anlayışını getirmesini sağlamıştır.

3.3 1982 ANAYASASI’NDA SINIRLAMANIN SINIRI ÖLÇÜTLERİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLER

2001 değişikliği öncesi dönemde sınırlamanın sınırını oluşturan 1982 Anayasası’nın 13. maddesini birinci bölümde ifade etmiştik. Oysa şimdi; 4709 sayılı Kanunla yapılan 2001 yılı Anayasa değişikliğine kadar ki dönemde 13. maddenin özgün içeriğine ve değişiklik sonrası yenilenen maddenin yeni – eski karşılaştırması yapılarak sınırlamanın sınırı ölçütlerine değinilecektir. Keza Anayasa Yargısının süreklilik arz eden kararları da eklenerek bu başlık altında işlenmesi sağlanacaktır.

3.3.1 Eski Ve Yeni Şeklin Benzerlikleri

2001 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrasında *sınırlamanın ancak kanun ile yapılabileceğı, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması zorunluluğı, sınırlamanın Anayasanın ilgili maddesinde yer alan özel sınırlama nedenlerine dayanması gerektiğı, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı* gibi temel hak ve özgürlüklerin garantörü olan güvenceler, 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde yerini korumayı başarmıştır.

²²³ C. EROĞUL, agm., s. 271 - 288.

²²⁴ C. EROĞUL, agm., s. 271 - 288.

3.3.1.1 Sınırlamanın ancak kanunla yapılabilmesi

Bilindiği gibi idareye verilecek her yeni görev, bireylerin hak ve özgürlüklerini daraltır veya kayıt altına alır; her yetki de ilgililere yeni sıkıntılar yükler veya yeni yaptırımlar temin eder.²²⁵ Kanunlarla sınırları çizilmekle beraber idareye bu görevler, genellikle düzenleyici işlemlerle verilmektedir. Oysa konu hak ve özgürlükler olunca, idarenin düzenleyici işlemlerle konuya yaklaşım tasarrufu ortadan kalkmaktadır.

Gerçektende demokratik hukuk devletlerinde, 1789 Fransız Bildirgesinden beri kabul edilmiş olan bir prensibe göre, temel hak ve özgürlükler ancak yasama organı tarafından kanunla sınırlanabilir duruma gelmiştir.²²⁶ Ayrıca AIHS'nin birçok maddesi yasallık ilkesine yollama yaparak, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla kısıtlanabileceğini belirtmektedir.²²⁷

1924 Anayasası, özgürlüğün sınırının “kanunla” belirlenebileceği esasını benimserken; 1961 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla sınırlanabileceği” şeklinde düzenlemeyi daha uygun bulma yoluna gitmiştir.²²⁸ Yine 1982 Anayasası'nda da yer alan sınırlamaların kanunla yapılması güvencesi de, yürütmenin işlemleriyle, yani Kanun Hükmünde Kararname(KHK), tüzük, yönetmelik ve diğer idari işlemler ile hak ve özgürlüklere sınırlandırmaların getirilemeyeceğini garanti etmektedir. 1924 ile 1961 Anayasalarında ve 1982 Anayasası'nın ilk halinde benimsenen kanunla sınırlama yöntemi, 2001 Anayasa değişiklikleri ile de 1982 Anayasası'nda korunmak istenmiştir.²²⁹

1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması başlıklı 13. Maddesinin birinci fıkrasına bakıldığında “*temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak*

²²⁵ L. DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları, İHFM, C. 30, S. 3-4, Yıl: 1964, s. 466 - 492.

²²⁶ K. GÖZLER, 1982 Anayasasının Temel Hak ve Hürriyetler Konusundaki Temel Yaklaşımı, www.anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm, [07.01.2011] ; N. KAYAR, age., s. 384 dipnot: 26, B. TANÖR, Anayasa Hukuku Meseleleri Temel Hak ve Hürriyetler Rejimi ve Anayasa Yargısı, 1969, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 21.

²²⁷ Ş. ÜNAL, agm., s. 48. Ayrıca bkz. AIHS'nin 8-11 Maddelerine.

²²⁸ K. VURALDOĞAN, age., s. 22. ; S. TANİLLİ, age., s. 180.

²²⁹ A. CEYLAN, Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniv. Sos. Bil. Enst., Ankara, 2008, s. 5.

kanunla sınırlanabilir” demektedir. Yine Anayasanın KHK çıkarma yetkisi verme konu başlıklı 91. Maddenin birinci fıkrasına bakıldığında ise “ ... *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”* denmektedir. Dolayısıyla gerek Anayasanın 13/1 gerekse de 91/1 Maddeleri temel hak ve özgürlüklerin kanunlarla sınırlanmasına garantörlük yapmaktadır. Aslında Anayasanın 91. Maddesinde öngörülen bireysel ve siyasal haklara ilişkin kısımlar açısından bakıldığında; KHK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin madde metni ile 13. Maddede yer alan ancak kanunla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği ifadesi, Anayasanın açık bir buyruğunun olduğunu göstermektedir.²³⁰

Zaten hukuk devleti anlayışı ve onun zorunluluğu olan temel haklar güvencesi, kayıtlayıcı ve külfetleyici idari faaliyetlerin kanuni bir yetkiye dayanmasını ve sıkı kanuni kayıtlara bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.²³¹ Ancak konumuzun içeriğinde yer almamakla birlikte, yasallık ilkesinin istisnasını oluşturan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri bakımından 1982 Anayasası’nda herhangi bir değişikliğin yapılmamış olduğunu da belirtmek gerekir.²³² Ayrıca hemen belirtilmesi gereken diğer önemli bir konu ise; genelde olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması daha ağır, olağanüstü dönemlerde ise daha hafif şartlara bağlanmıştır.²³³

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına bakıldığında ise, 1986 yılındaki Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki bir kararında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını yorumlarken “...ancak kanunla denilmek suretiyle hak ve özgürlük sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğunu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağını” ifade etmiştir.²³⁴ Dolayısıyla Anayasanın 13/1. ve 91/1. maddesi gereğince Anayasal bir buyruk olan temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması konusunu, Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu bu kararı ile de onaylama yolunu uygun görmüştür.

²³⁰ S. ÜZELTÜRK, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, 1. Bası, Mayıs 2004, İstanbul: Beta, s. 22.

²³¹ L. DURAN, agm., s. 466 - 492.

²³² C. B. AKAL – O. ERÖZDEN v.d., age., s. 28.

²³³ K. GÖZLER, age. C. II, s. 548.

²³⁴ E. 1985/8, K. 1986/27, KT : 26.11.1986, AYMKD., S. 22, s. 323 vd.

Gerçekten de devlet otoritesini kullanan yürütmenin re'sen tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle hak ve özgürlüklere tek taraflı olarak dokunması çok tehlikeli bir şeydir. O yüzden muhalefetin de yer aldığı ve çok sesliliğin hâkim olduğu bir yasama organı tarafından alınacak olan kararlar çok yerinde olacaktır. Çünkü düzenleyici işlemler hükümetlerin anlık politikalarıyla günü kurtarmak için yapılabilir. Aynı zamanda düzenleyici işlemler kısa bir sürede yani yasa gibi yasalaşma sürecinden geçmemektedirler. Ayrıca düzenleyici işlemler kamuoyu denetiminde de uzaktırlar.

Hak ve özgürlükler gibi çok önemli bir konunun tartışma ortamı olmadan düzenleyici işlemlerle düzenlenmesi, devlet otoritesini kullanan her iktidarı otoriter ve baskıcı bir güç olma noktasına iteceğini bilmek gerekir. Dolayısıyla muhalefet yani çok seslilik, hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesi gerektiği Anayasa kuralından dolayı aynı zamanda Anayasanın 13. maddesinde yer almayan güvencelerden birini oluşturur. Çünkü temel hak ve özgürlükler aleyhinde olan ve kamuoyu denetiminden yoksun veya dikkat çekmeyen bir düzenlemenin yapılması durumunda; denetim mekanizmasındaki ilk tepkiyi muhalefet gösterecek, her türlü yola başvurarak işlerliğini yok etme çabasına koyulacaktır. O yüzden muhalefet kanunların çok ayrıntılı usullerle yapılmasını temel hak ve özgürlüklere alelacele, telaş içinde veya yangından mal kaçırır gibi dokunulmasını mümkün kılmaz.²³⁵

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına dair yasa koyucunun düzenleyeceği bir yasanın, açık ve belirgin(kesin) olması gerekmektedir. “Çünkü açık ve belirgin olmayan bir yasa, amacına ulaşmak için gerekenden fazla müdahaleye olanak verecek, böylece ölçülülük ilkesinin içeriğini oluşturan oranlılık kuralını da aynı zamanda zedelemiş olacaktır.”²³⁶

Yasa ile getirilebilecek sınırlama hükümleri, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre değişmeyen açıklık ve kesinlikte olmaz ise, sınırlamanın yasa ile yapılmış olduğundan söz edilemeyeceği cümlesini şüphesiz doğru olarak görmek gerekmektedir.²³⁷ Zaten Anayasa Mahkemesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili

²³⁵ K. GÖZLER, age., C. II, s. 549.

²³⁶ Z. GÖREN, Temel Hak Genel, s. 109.

²³⁷ O. UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, 1992, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., s. 92.

vermiş olduğu başka bir kararında, sınırlama nedenlerinin kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek açıklık ve kesinlikte ve aynı zamanda somut olarak belirtilmesi gerektiği şeklinde bir tespit yapılmıştır.²³⁸ Dolayısıyla bu tespite göre; temel hak ve özgürlükler ile ilgili yapılacak olan bir sınırlama, kişiden kişiye farklı anlayış ve takdire neden olacak şekilde açık ve kesin olmaz ise – ki bu düzenleme yasama tasarrufu ile yapılmış olacaktır- yasal olarak sınırlamadan söz edilmiş olmayacaktır.

Yine devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'ye ilişkin Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu başka bir kararında ise nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağının bir KHK ile konulmasının yasallık ilkesine aykırılık oluşturduğu şeklinde olmuştur.²³⁹

Karara bakıldığında,²⁴⁰ Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “*sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği kararda vurgulanmıştır. Bu kural gereğince sokağa çıkma yasağı, Anayasa'nın 91. maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu kararnamenin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ile genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağının getirilmiş olması, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılık oluşturduğunu hüküm altına almıştır.

Ayrıca mahkemeye göre uygulayıcılara geniş, sınırları belirsiz yetkiler tanıyan düzenlemeler yasal sınırlama olarak görülmemiştir.²⁴¹ Keyfiliğe dek varabilecek uygulamaları önleyebilmek bakımından gerekli olan açıklık ve somutluk, sınırlamanın yasa ile yapılmış olabilmesi için zorunlu bir unsur olarak ifade edilmiştir.²⁴² Anayasa Mahkemesi Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Anayasaya uygunluğunu denetlerken de, meslekte geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarından hangisinin hangi durumda

²³⁸ E. 1976/27, K. 1976/51, KT : 22.11.1976, AYMKD., S.14, s.364 vd.

²³⁹ S.ÜZELTÜRK, age., s. 26.

²⁴⁰ E. 2000/82, K. 2002/193, KT : 26.11.2002, AYMKD, S.39/1, s. 249 vd.

²⁴¹ O. UYGUN, age., s. 96.

²⁴² Y. SABUNCU, age., s. 60.

verileceğine ilişkin bir belirtmenin kanun maddesinde olmadığından dolayı, Anayasanın 13. Maddesine aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir.

Madde gerekçesinde,²⁴³ bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı bir sınırlama olacağı şeklinde dile getirilmiştir. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemeyecektir. Zaten söz konusu bentte açıklanan meslekten geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarından hangisinin hangi durumlarda verileceğine ilişkin bir belirtmenin olmaması; yönetimin yani bakanlığın takdirine bırakılmasını doğurmuş, böylece çalışma özgürlüğüne getirilecek sınırın içeriğinin saptanması yasa yerine yönetimce düzenleme sonucunu getirmiştir. Bu çelişkinin de, Anayasa'nın 13. maddesine açık aykırılık oluşturduğunu vurgulamıştır.

Ayrıca uluslararası insan hakları ve ulusal belgelerde yasa anlayışı bakımından farklılıklar bulunmasına karşın, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yasanın "ulaşılabilir ve açık olması" ortak özellik olarak paylaşılmıştır.²⁴⁴ O nedenle ki, demokratik Anayasalar dediğimizde, kanun koyucunun bir hak ve özgürlüğü içerik olarak somutlaştırmak için kullanmış olduğu düzenleme(yasama) yetkisini, şüpheye bırakmayacak açıklıkla tanımlamayı kendine hedef edinmesini zorunlu kılar.²⁴⁵

Bilindiği gibi yasalar Anayasal metinlere göre daha ayrıntılıdır. Ve düzenledikleri konuyla ilgili olarak da açık ve belirgin olmalıdır. Ülkenin bir yerindeki bir kanun uygulayıcısı ile başka bir yerindeki bir kanun uygulayıcısının o yasadaki anlamı aynı şey olmalıdır. Yani yoruma müsaade etmeyen ve herkes tarafından aynı şekilde anlaşılabilir biçimde düzenlenen kanunlar söz konusu olduğunda hem AYM'ne göre hem de uluslararası belgelere göre sınırlamanın yasa ile yapıldığı şeklinde kabul görmektedir.

Kanunu genel iradenin bir ifadesi sayarak bundan dolayı yanılmazlığını kabul etmek, temel hak ve özgürlükler açısından tek başına yeterli bir teminat olarak

²⁴³ E. 1987/16, K. 1988/8, KT : 19.04.1988, AYMKD, S.24, s. 108 vd.

²⁴⁴ A. EREN, age., s. 69.

²⁴⁵ S. YAZICI, age., s. 89.

gözükmemelidir.²⁴⁶ Demokrasilerde çoğunluğun karşısında azınlığın da haklarının olduğu bilinmelidir. Azınlığın haklı olduğu bir seslilikte çoğunluğun ezici hakimiyeti nedeni ile alınacak haksız bir karar, sınırlamanın kanunla yapılmasını yeterli bir güvence olarak görmemize engel teşkil eder. O yüzden temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlanması Anayasalarda genel kabul görse de, bir başına yeterli bir güvence olarak gözükmediğinden, diğer ölçütlerle de söz konusu koruma mekanizması güçlendirilmek istenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını yasa yapıcının bir kanun ile yapması, aynı zamanda sınırlandırmanın kanunla yapılmasının “genellik” arz ettiğini de göstermektedir.²⁴⁷ 13. maddenin gerekçesine bakıldığında da; herhangi bir hak veya özgürlüğe ait maddede, o hak ve özgürlüğün kanunla sınırlanabileceğini ayrıca belirtmeye gerek olmadığı ve maddelerin yazımında da bu hususa sadık kalındığı dile getirilmiştir.²⁴⁸ Dolayısı ile gerekçede de belirtildiği gibi her hak ve özgürlüğün kanunla yapılması ifadesi, kanunilik ilkesinin genellik arz ettiğini ortaya koymuştur.²⁴⁹

Devlet otoritesinin kullananlar, Anayasanın 13. Maddesindeki sınırlandırma sebeplerine dayanarak temel hak ve özgürlük üzerinde yapacağı sınırlandırmalarda, bir yandan maddedeki Anayasal sınırlara diğer yandan da özel sınırlara uymak zorundadırlar.²⁵⁰ Bu zorunluluğun gereği de sadece kanunla yapılabilmektedir. Ne yazık ki, her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması kuralı Anayasa tarafından önerilse de, uygulamada kimi zaman hak ve özgürlüklerin sınırlanması yönetmelikle de olabilmektedir.

Aslında sınırlamanın kendisi kanunla olmak şartı ile(!) sınırlamanın ayrıntıları ile ilgili olarak düzenlemelerin yapılabileceği öğretide kabul edilen bir görüşür.²⁵¹ Buradaki düzenleyici işlemler kanunla sınırlanması öngörülen temel hak ve özgürlüğün hangi

²⁴⁶ H. HAZIR, age., s. 101 vd.

²⁴⁷ M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 298.

²⁴⁸ S. ARMAĞAN, Türk Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düzenlenmesi ve Sınırlanması, <http://profservetarmagan.blogcu.com/TEMEL+HAKLAR>, [19.01.2011] ; M. ŞAKAR, 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, 1994, 3. Baskı, İstanbul: Beta, s. 32.

²⁴⁹ **Bkz.** Gerekçe İçin M. ŞAKAR, age., s. 32 vd.

²⁵⁰ Y. OĞURLU, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, 2001, İzmir: Dokuz Eylül Üniv. Yayınları, s. 499.

²⁵¹ K. GÖZLER, age., C. II, s. 549. ; M. SOYSAL, 100 Soruda..., s. 197.

şartlarda kanunun sınırlamayı öngördüğünü ayrıntıları ile tanımlamadan ibarettir. Dolayısıyla tüzük, yönetmelik ve benzeri düzenleyici işlemlerden söz konusu sınırlandırma kanununun ayrıntılı tanımını yapmak yerine yeni bir sınırlamayı öngörmesinin Anayasaya aykırılık teşkil edeceği ortadır.

“*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının kanuna dayanması*” Anayasa kuralına, “*bilgi edinme hakkının köyler bakımından uygulanamayacağı*” kendi kanununda belirtilmemesine rağmen bir yönetmelikle düzenlenmesi²⁵² aykırılık teşkil etse de, devlet otoritesini kullanan yürütme organı tarafından bu durum ülkemizde uygun görülebilmektedir. Söz konusu yönetmeliğe bakıldığında düzenlemenin ayrıntıları ile ilgili tanımlamalar vermek yerine doğrudan doğruya sınırlama yapma yoluna gitmesi uygun olmamıştır. Olağan dönem KHK’lerle bile sınırlandırılmayacak bir hak ve özgürlüğün yönetmelikle sınırlandırılması,²⁵³ hukuk devleti olmayı kendine temel alan Anayasamız açısından nasıl uygun olur onu da sizin takdirinize bırakıyoruz(!)

3.3.1.2 Sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması zorunluluğu

Anayasanın sözüne ve Ruhuna uygun bir sınırlama, bir yandan Anayasanın ilgili maddelerinin lafzına aykırı bir sınırlandırmanın men edilmesini, diğer yandan ise Anayasanın genel sistematığına ve özüne uygun bir sınırlandırmanın kabul olmasını ifade etmektedir.²⁵⁴ Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun sınırlamanın yapılmasını öngören ilkeye, Anayasalarımızda ilk kez, 1961 Anayasası 11. maddesinde yer vermiştir. 2001 değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin eski şekli ile yeni haline bakıldığında ise, “sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma zorunluluğu” ifadesinin düzenlenme biçiminde bir değişiklik olmamıştır. 1982 Anayasası’nın özgün halindeki 13. madde ile 2001 değişikliğiyle birlikte düzenlenmiş olan 13. Maddenin cümle yapısında mana bakımından herhangi bir farklılığın olmaması Anayasa koyucu tarafından uygun görülmüştür.

²⁵² İ. KÖKÜSARI, Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri, GÜHFD., C. 15, S. 1, Yıl: 2011, s. 163 – 208.

²⁵³ **İçişleri Bakanlığına Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanması İle İlgili Olarak Yürütülecek İşlemlere İlişkin Yönerge: Madde – 2 :** Bu Yönerge, kişilerin bilgi edinme hakkının kullanılmasında, İçişleri Bakanlığı merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında; valilikler ve kaymakamlıklarda; mahalli idarelerde (**köyler hariç**) ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile birlik ve şirketlerinde alınacak idari ve teknik tedbirler ile yürütülecek iş ve işlemleri kapsar.

²⁵⁴ İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

“Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk” ifadesi,²⁵⁵ tüm Anayasadaki madde metinlerini hatta başlangıçtaki metinleri de içerdiğinden, sınırlamanın sınırı ilkelerinden en geniş kapsamlı ilke olduğu söylenebilir. Kamulaştırılan malın kamu yararı dışında kullanılması ile ilgili bir konuda karar veren AYM “...(Anayasanın) 11. maddesinin birinci fıkrasında sözden ve ruhtan söz edilmiş olmasından da anlaşıldığı gibi, Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de bir takım kurallar koyar ve yine Anayasa'nın koyduğu açık kuralların dayandığı hukuk ilkeleri dahi, Anayasa kuralı gibi bağlayıcıdır”²⁵⁶ diyerek, bu ilkenin ne kadar kapsamlı olduğunu ispatlar nitelikte bir yorum yaptığı da gözlemlenebilmektedir.

Gerçektende Anayasalar bir devletin düzenini, yönetimini ve bireyin hak ve özgürlüklerinin çerçevesini ortaya koyan yasal düzenlemelerdir. Her bir maddenin diğerinin tamamlayıcısı olarak sıralanması, her Anayasa yapıcısı tarafından hedeflenen bir konudur diye düşünmekteyiz. Dolayısıyla girişinden son maddesine kadar Anayasayı parçalanmış bir şekilde ele almak uygun olmayıp ona bütünsel anlamda yaklaşmak en ideal olanıdır kanaatindeyiz. O nedenle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, Anayasa metninin özgürlükçü ve demokratik olması durumunda, özgürlüklere sunulan etkili bir güvenceyi oluşturmaktadır.²⁵⁷

“Anayasanın bütünlüğü ilkesi” olarak adlandırılan yorum yöntemi uyarınca da, bir Anayasa normunun, diğer normlarla çelişkiye düşmeyecek biçimde ve Anayasanın bütünlüğü içinde uyum sağlayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.²⁵⁸ Bu yorum yöntemine göre temel hak ve özgürlüklerin Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlanması ifadesi; sınırlamanın Anayasadaki madde metinlerinin yanı sıra başlangıç hükümlerine de uygun olmasını belirtmektedir. Hem madde metinlerine hem de başlangıç hükümlerine olan uygunluk, Anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir sonucunu oluşturmaktadır. Zaten Anayasanın 176. maddesinde ki, “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dâhildir*” şeklindeki madde

²⁵⁵ 1926 tarihli eski Türk Medeni Kanununun 1. Maddesindeki (f. 1) “Kanun lafziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer’idir” hükmünden esinlenerek konmuştur şeklindeki yorum için bkz. Y. ATAR, age., 2. baskı, s. 133, dipnot 27.

²⁵⁶ E. 1967/41, K. 1969/57, KT : 25.10.1969, R.G: 12.03.1971/13776.

²⁵⁷ S. YAZICI, age., s. 100.

²⁵⁸ O. UYGUN, age., s. 144.

metni de, başlangıç hükümlerinin de diğer hükümlerle aynı olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi, herhangi bir yasanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmasının denetimini yaparken, bazı ilke ve kurallara başvurmuştur.²⁵⁹ Bu ilke ve kurallar “hukukun genel ilkeleri, uluslararası antlaşmalar, Atatürk ilke ve devrimlerinden” oluşmaktadır. Dolayısıyla AYM Anayasanın sözü ve ruhu kavramını en geniş kapsamlı ele alarak; hukukun evrensel kabul görmüş genel ilkelerini, uluslararası antlaşmaları ve Atatürk devrim ve ilkelerini göz önünde bulundurarak değerlendirmektedir. Ayrıca AYM Anayasanın bir kuralını yorumlarken orada yer almış ilkelerin kapsamının belirlenmesinde, onun gerekçeler bölümü ile Mecliste yapılan konuşmalara ve bunlarla beliren anlamlara dayanarak da bir anlam çıkarma yoluna gitmekte,²⁶⁰ böylece hem evrensel anlamda hem de yerel anlamda Anayasanın sözü ve ruhu ilkesini somutlaştırmaya çalışmaktadır.

Yüksek Mahkeme hukukun genel ilkelerini bir kararında ifade ederken; “*hukuk devletinin Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması*” gerektiği şeklinde tanımlamıştır.²⁶¹ Söz konusu kararda; hukuk devletinde devletin bütün organlarının üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyetinin olmasının yanı sıra, ayrıca kanun yapıcının da yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutmasının zorunlu olduğu vurgulanmıştır. AYM benzer kararlarında da²⁶² yasanın üstünde kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk prensiplerinin ve Anayasanın olduğunu belirtmiş, bunu da hukukun genel ilkeleri ile ilişkilendirmiştir.

Yüksek Hâkimler Kurulunun, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verip bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamayacağı konusuna dair 1977 tarihli bir davaya bakan AYM, İHEB’e atıfta bulunarak 8. ve 10. maddelerine vurgu yapmış, ayrıca AİHS’nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkını da dile

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. O. UYGUN, age., s. 146 vd.

²⁶⁰ F. MÜDERRİSOĞLU, age., s. 494.

²⁶¹ E. 1985/31, K. 1986/11, KT : 27.03.1986, AYMKD., S.22, s. 120.

²⁶² E. 1979/38, K. 1980/11, KT : 28.01.1980, AYMKD., S.18, s. 101 ; E. 1963/124, K. 1963/243, KT : 11.10.1963, AYMD., S.1, s. 429 vd.

getirerek uluslararası antlaşmaların da Anayasanın sözü ve ruhu kavramı içerisinde, değerlendirdiğini ortaya koymuştur.²⁶³

Evlilik dışı birliktelikten doğan çocuğun babalığına hükmedilmesi ile ilgili başka bir davada AYM, davayı insan hakları yönünden de inceleyerek hem İHEB'e hem de Avrupa Sosyal Şartı'na(ASS) ait ilgili madde metinleriyle birlikte değerlendirmiştir. Ayrıca ASS'nin 17. maddesine dayanarak “çocuğun, evlilik içinde ve dışında doğduğuna bakılmaksızın kişiliğini geliştirmesi ve ileride topluma sağlıklı bir birey olarak katılabilmesi için gerekli her türlü olanaktan yararlandırılmasını”²⁶⁴ Türkiye'nin de onayladığını dile getirmiştir.

Kısacası yukarıdaki anlatımlarla AYM, benzer kararlarıyla da uluslararası antlaşmaları Anayasanın sözü ve ruhu içinde değerlendirmiştir.²⁶⁵ Zaten usulüne uygun bir şekilde kabul edilmiş uluslararası antlaşmalar Anayasal metin olarak kabul görmüş ve AY'nın 90. maddesine göre de kanunlardan ve Anayasal metinlerden de üstünde bir düzenleme olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk denetimi öğretide çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Anayasanın sözü, herhangi bir yasanın Anayasanın getirmiş olduğu ek güvencelere aykırı düzenlenemeyişini, Anayasanın ruhu ise “Anayasanın bütünü ve ondan çıkan temel anlam”²⁶⁶ olarak değerlendirilmiştir.

Gözler “Anayasa, ayrıca başka maddesinde kendi ruhunun ne olduğunu tanımlamadıkça, Anayasa'nın 13. maddesinde geçen ‘Anayasanın ruhuna’ uygunluk şartına herhangi bir anlam”²⁶⁷ verilemeyeceğini dile getirmiş, Özbudun ise Anayasanın ruhu kavramından dolayı AYM'nin yerindelik denetimine kayabileceğini ifade etmiştir. Nasıl ki somut yasaların düzenlenmesindeki amaç; belirginlik ve kesinlik açısından birbirine zıt farklı yorumların yapılmasını engellemekse, Anayasal düzenlemelerde de

²⁶³ E. 1976/43, K. 1977/4, KT : 27.03.1986, RG. : 21.04.1977/15916.

²⁶⁴ E. 1980/29, K. 1981/22, KT : 21.05.1981, RG. : 18.08.1981/17432.

²⁶⁵ E. 1979/38, K. 1980/11, KT :, 29.01.1980, RG. : 15.05.1980/16989.

²⁶⁶ E. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 80 aktaran K. GÖZLER, 1982 Anayasasının Temel..., www.anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm, [07.01.2011].

²⁶⁷ K. GÖZLER, 1982 Anayasasının Temel..., www.anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm, [07.01.2011].

bu amaca uygun olarak yasa yapıcının hizmet etmesi gerektiği öğreti tarafından dile getirilmiştir.

Bilindiği gibi Anayasalarda düzenleme bulan madde metinleri bazen soyut anlam içermekte, bunları somutlaştırmak ise ya kanun ile olmakta ya da AYM'nin vermiş olduğu kararlarla tanımlanması yapılmaktadır. O nedenle Gözler'in "Anayasanın başka maddesinde Anayasanın ruhunun ne olduğunun tanımlanmasının gerektiği, aksi takdirde Anayasaya uygunluk şartına bir anlam verilemeyeceği" eleştirisine katılmak mümkün gibi gözükmemektedir. Çünkü "hakkın özü" ilkesinin de Anayasa'da tanımlanmamış olması ve anlamının ne olduğu konusunda gerek öğreti de gerekse de madde gerekçesi konuşulurken büyük tartışmalar ortaya çıkmış, ama AYM'sinin 1961 yılından günümüze kadar vermiş olduğu sağlıklı kararları nedeni ile öğreti tarafından takdirle karşılanarak alkışlanmayı başarmıştır.

Zaten Yüksek Mahkemenin Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi ile ilgili vermiş olduğu kararlara bakıldığında, sadece yerel anlamda değil, hukukun genel kabul görmüş ilkelerini ve uluslararası antlaşmaları da göz önünde bulundurarak evrensel anlamda tanımlama yapmaya çalıştığı görülmektedir. O nedenle Anayasalarca düzenlenmiş madde metinlerinin ayrıntılı olarak tanımlanmasını beklemek yerine, yine aynı Anayasaca uygun görülmüş ve koruma mekanizmaları içerisinde düşünülmüş olan kurumların vermiş olduğu kararlarında birlikte değerlendirilmesi daha uygun düşecektir. Dolayısıyla ifadesi belirgin olmayan bir Anayasal metnin netliğini; ya yasama organının o konuyla ilgili yapmış olduğu kanunlarda veyahut ilgili Anayasa metninin gerekçesinde yer alan tartışmalarda ya da AYM'nin vermiş olduğu kararlarda aramak yerinde olacaktır.

3.3.1.3 Sınırlamanın Anayasanın ilgili maddesinde yer alan "özel" sınırlama nedenlerine dayanması gerektiği

4709 Sayılı Kanun'un hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına güvence getiren 13. maddedeki genel sınırlandırma nedenlerini kaldırmasıyla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kendi düzenledikleri maddedeki sınırlama nedenleriyle sınırlanabilecek şekilde olması sağlanmıştır. Kanunun getirmiş olduğu bu değişiklikte,

Anayasada tanınan temel hak ve özgürlükler, Anayasada belirtilenlerden daha geniş bir şekilde sınırlanamaması konusunda devlete yasaklama getirmiştir.²⁶⁸ Bu yasaklama hak ve özgürlükler güvencesini daha da pekiştirmiştir.

Genel sınırlandırma nedenlerinin 13. maddeden kaldırılarak, Anayasanın diğer madde metinlerine, -“şöyle ki; Anayasanın değişiklikten önceki şeklinin 20, 21, 22, 26, 31, 33, 34, 51’inci maddelerinde mevcut olmayan milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri(nin)”²⁶⁹- serpiştirilmesi, genel sınırlandırma sebeplerinden türeyen bir diğer özel sınırlandırma nedenlerini doğurmuştur.

Anayasanın 26. Maddesine bakılacak olursa “*herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*” hükmü koruma altına alınmıştır. Fakat bu koruma altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırları ise; “suçların önlenmesi veya suçluların cezalandırılması, devlet sırları olarak belirlenmiş bilgilerin açıklanması, başkalarının özel hak ve yaşamlarıyla yasanın öngördüğü meslek sırlarının açıklanmasını, milli bütünlüğü bozmak ve ülkeyi bölmek amacıyla yapılan açıklamalarda, şiddete yönelik eylem ve davranış içerir ya da bu duruma dönüşürse kanun ile sınırlanır veya cezalandırılabilir”²⁷⁰ şeklinde çizilmiştir. Aslında dikkat edilecek olursa AİHS’nin 10. Maddesinin 2. Fıkrasındaki sınırlama halleri, bir yerde Anayasanın 26. Maddesine serpiştirilmiştir.²⁷¹

Her ne kadar temel hak ve özgürlükler açısından genellikle her hak ve özgürlüğün bir sınırının olduğu ve sınırlanmalarının da belirli ilkelere göre yapılabileceğinin kabulü²⁷² noktasında hemfikir olsak da, bir sonraki konu başlığımızda işleyeceğimiz sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerektiği de,

²⁶⁸ M. SAĞLAM, age., s. 233 - 266.

²⁶⁹ K. GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme), Ankara Barosu Dergisi, S. 2001/4, Yıl : 59, s. 57.

²⁷⁰ A.K. ÇÜÇEN, İnsan Hakları, Ocak 2011, Bursa : MKM Yayıncılık, s. 88 ; M. AKAD – A. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Madde Gereksinimleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, 1998, İstanbul : Alkım Yayınevi, s. 73 vd.

²⁷¹ Z. G. AKKANAT, İnsan Hakları Yılığında Dr. Muzaffer Sencere Armağan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İletişim Özgürlüğünün Sınırları*, C. 17-18, 1995-1996, s. 179.

²⁷² İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

aramamız gereken çok önemli bir ilke olmalıdır. Bu ilke her hak ve özgürlüğün bir sınırının olduğu ve bu sınırında makul ölçüde olması gerekip hak ve özgürlükleri boğacak şekilde düzenlenmemesini gerekli kılar. O yüzden genel sınırlandırma rejimi gibi katmerli bir sistemle hak ve özgürlüklere yaklaşmak demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesine göre yerinde olmayacaktır.

2001 değişikliğinden önce, bir madde de özel sınırlama nedenleri öngörülmüş ise bu madde hem içeriğindeki özel nedenle, hem de 13. madde içerisinde geçen ve dokuz maddeden oluşan genel sınırlama nedenleri ile sınırlandırılabilmekteydi. AYM serbest bölgeler kanunu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında;²⁷³ Anayasanın kimi haklar ve özgürlüklerle ilgili özel maddelerinde de genel sınırlama nedenlerine ek olarak özel sınırlama nedenlerine yer verildiğini, belli bir hak veya özgürlüğün bu genel ve özel sınırlama nedenlerinden biri ya da birkaçı ile sınırlandırılabilmesinin de mümkün olduğunu teyit etmiştir. 2001 değişikliğinden sonra genel sınırlandırma maddelerinin kaldırılmasıyla birlikte, artık bu şekildeki maddeler de, sadece içeriğindeki özel nedenlerle sınırlandırılabilir duruma gelmiştir. Şöyle ki Anayasa Mahkemesi 2001 yılı sonrasında vermiş olduğu tüm kararlarında, özgürlüğün ilgili maddesinde özel sınırlama sebeplerinin varlığını açıkça arar duruma gelmiştir.²⁷⁴

Devlet memurluğu sınavını kazanarak açıktan atandıktan sonra, son 5 yıl içerisinde bir partiye üye olması nedeni ile kişinin atama onayının iptal edilmesi sonucunda önüne gelen bir dava ile ilgili olarak Mahkeme; temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi için ilgili maddelerinde bir sınırlama nedeninin bulunmasının gerektiğini, Anayasanın 67. ve 68. Maddelerinde ise belirli görevler dışında siyasi partilere üye olma konusunda bir engelleme öngörülmediğinden yapılan işlemin dayandığı kanun hükmünün Anayasa ile uyum içinde olmadığına kanaat getirerek iptal etmiştir.²⁷⁵ Dolayısıyla AYM bu ve benzeri kararlarla sınırlamanın Anayasaya uygunluğu konusunda denetim yaparken o temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesinde söz konusu sınırlamanın olup olmadığına baktığını söylemek mümkündür.

²⁷³ E. 1985/21, K. 1986/23, KT : 06.10.1986, AYMKD., S.22, s. 223 vd.

²⁷⁴ S.ÜZELTÜRK, age., s. 47.

²⁷⁵ S.ÜZELTÜRK, age., s. 47, E. 2002/38, K. 2002/89, KT : 08.10.2002, AYMKD, S. 38, C. 2, s. 718 vd.

Bununla birlikte 2001 yılında yapılan değişiklikle birlikte Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin her biri için özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle bazı temel hak ve özgürlükler sınırlama rejimine tabi olamamıştır. Parlamentoda yer bulan partilerin, Anayasa değişikliği konusunda hangi noktada uzlaşmaya varabilmişlerse o noktada yapmış oldukları değişiklik nedeni ile Anayasayı bütüncül bir açıdan kucaklayan bir yaklaşım sergileyememişlerdir.²⁷⁶ Bu durum temel hak ve özgürlükler ile ilgili maddede yazılı özel nedenlerin yeterli olmamasını ve ileride zorunlu olabilecek bazı sınırlamaların yapılamayabileceği tartışmalarına yol açmıştır.²⁷⁷

Dolayısıyla “2001 yılından sonraki dönemde, haklarında özel sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve özgürlükler için sınırlama rejimi nasıl olacaktır?” sorusu öğretide tartışmalara neden olmuştur.²⁷⁸ Tüm bu tartışmalara rağmen öğretide kabul gören görüş ise; haklarında özel sınırlama nedeni getirilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırsız özgürlük anlamı taşımayacağı²⁷⁹ ve hak ve özgürlüklerin tümüyle sınırsız olacağı şeklindeki bir yorumun da kabul edilmesinin mümkün olamayacağı şeklinde olmuştur. Gerçekten de temel hak ve özgürlükler, yasal düzenleme ya da sınırlama olmasa da sınırsız bir kullanım olanağı sağlamamakta, nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma cevaz verdiği çoğunluğun görüşü ile öğretide de desteklenmektedir.²⁸⁰

Genel sınırlama sisteminin 2001 Anayasal değişikliği ile kaldırılmasıyla birlikte ortaya çıkan ve öğretide de birçok noktada tartışmalara neden olan bu sorunların çözümün tek adresi, bilindiği gibi yine Anayasanın kendisi olacaktır. O yüzden sil baştan yeniden yapılması düşünülen Anayasa paketi içerisinde bu sorunların çözümlendirilmiş haline uygun bir düzenleme çok yerinde olacaktır. Ki, her yeni düzenlemenin bir önceki düzenlemenin eksikliğinden yola çıktığını düşünürsek eğer yapılması düşünülen yeni Anayasada tüm bu eksikliklerin giderileceği kanaatindeyiz.

²⁷⁶ F. SAĞLAM, agm., s. 288 - 310.

²⁷⁷ H. S. TÜRK, age., s. 80.

²⁷⁸ **Bkz.** öğretinin ayrıntılı görüşü için T. BOZKURT, Haklarında Özel Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle “Sözleşme Hürriyeti” Açısından Durum, Ankara Barosu Dergisi, Kış 2008, Yıl: 66, S. 1, s.135 ; Ayrıca ayrıntılı bilgi için **bkz.** F. SAĞLAM, agm., s. 288 - 310.

²⁷⁹ T. BOZKURT, agm., s. 136, ; F. SAĞLAM, agm., s. 288 – 310 ; Z. G. BALKIR, age., s. 29.

²⁸⁰ F. SAĞLAM, agm., s. 288 - 310.

3.3.1.4 Sınırlamanın “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı” kuralı

1961 Anayasası'nın ruhunu temsil eden “hakkın özü ilkesinin” yerini, 1982 Anayasası'nda, “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” ilkesi almıştır. 13. maddenin gerekçesinde “demokratik toplum düzenin gerekleri ölçütünün”, hakkın özü ilkesinden daha belirgin olduğu ve uygulama alanının da kolay olması nedeni ile tercih edildiği dile getirilmiştir. Ayrıca Anayasa koyucunun hakkın özü ölçütüne, 1982 Anayasası'nda yer vermemesinin nedenleri arasında, 1982 Anayasası'nın temel hakları sınırlamada öngördüğü rejimle öz ölçütünün uyuşmadığı şeklindeki kanaati de değişik ifade biçimleri ile ortaya konmuştur.²⁸¹

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi 13. Maddenin içeriğine, AİHS' inde ifade bulan “*demokratik bir toplumda ... zorunlu olan önlemlerle sınırlanabilir*” (m. 9/2) ile “*demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olarak*” (m. 10/2, m. 11/2) şeklindeki deyimlerden esinlenilerek alınmıştır.²⁸² Her ne kadar AİHS'nin kimi maddelerinde geçen, “demokratik bir toplumda zorunlu önlemler” ölçütünden esinlenilerek alınsa da bu kavram,²⁸³ gerekçede söz edildiği biçimde de belirgin olamamıştır. Demokratik bir toplumda düzenin gerektirdiği ölçütler nelerdir veya hangi demokratik toplum düzeninin gerekleri soruları, kişiden kişiye değişen ve belirginlikten uzak bir kavram olduğundan, hakkın özü ilkesi yerine tercih edilip ikame edilmesi yerinde bir karar olarak gözükmemektedir.

Anayasanın 13. maddesinde geçen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü, hangi demokratik toplum düzeninin gerekleri; “13. maddedeki demokratik toplumun Anayasanın başlangıç kısmında ifade edildiği şekliyle ‘bu Anayasada gösterilen özgürlükçü demokrasi’yi mi yoksa 13. maddenin gerekçesinde belirtilen ‘genellikle

²⁸¹ A. EREN, age., s. 103.

²⁸² N. KAYAR, age., s. 391. ; AİHM “gerekli veya zorunlu olma” ölçütünden gerekli deyimini “acil/zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın varlığı” olarak anlamaktadır. Y. ATAR, age., s. 129.

²⁸³ Y. ALİEFENDİOĞLU, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel..., s. 141-176 ; N. KAYAR, age., s. 391 ; Y. SABUNCU, age., s. 64.

kabul gören demokratik rejim'i mi işaret ettiği²⁸⁴ noktasında öğretilerde tartışmalara neden olmuştur.

Bu tartışmalara AYM, “daha önceki kararıyla belirlediği çizgiden ayrı olarak”²⁸⁵ Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili vermiş olduğu kararda, burada sözü edilen demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ilgili olarak, hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen özgürlükçü demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğini belirtmiştir.²⁸⁶ Fakat AYM, kısa bir süre sonra bu görüşünden vazgeçme ihtiyacı hissetmiştir. Mahkeme klasik demokrasilerin temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayıp onları güvence altına aldığını ortaya koymuş, kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların da, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde olamayacağını dile getirerek, klasik demokrasileri diğer kararlarında esas almıştır.²⁸⁷

Mahkeme bu kararıyla demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliğini ama bu sınırlamanın, istisnai ve zaruri bir durum olarak kabul edilmesi gerektiğini ve sınırlama anında öngörülen amaç ile sınırlandırma arasında da bir tutarlılığın da ayrıca bulunması gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁸ Aslında bu karar, mahkemenin başlangıçta göstermiş olduğu tereddüdü bir yana bırakıp, mevcut Anayasal düzeni de aşan ve evrensel anlamda batı demokrasisini de içine alan bir kavram olarak, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü değerlendirmeyi kabul ettiğini göstermiştir. Ayrıca söz konusu kararında özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yollarının hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁸⁹

²⁸⁴ Z. ARSLAN, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, AYD, Yıl: 2002, Cilt : 19, s. 148.

²⁸⁵ Y. ALİEFENDİOĞLU, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından ...,s. 26-46.

²⁸⁶ E. 1985/21, K. 1986/23, KT : 06.10.1986, AYMKD., S.22, s. 224.

²⁸⁷ E. 1985/8, K. 1986/27, KT : 26.11.1986, AYMKD., S. 22, s. 365 vd.

²⁸⁸ Y.Ş. HAKYEMEZ, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, 2001, İstanbul: Beta, s. 1311.

²⁸⁹ E. 1985/8, K. 1986/27, KT : 26.11.1986, AYMKD., S. 22, s. 365.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu kararları değerlendirdiğimizde; demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını sadece Anayasal içerikte yer alan temel hak ve özgürlükler açısından düşünmemiş, aynı zamanda çağdaş uluslararası sözleşmelere ve evrensel hukuk anlayışına uygun bir içerikle de tanımlamaya çalışmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri konusundaki bu kararlarına bakıldığında; sürekli ve tutarlı bir şekilde özgürlükçü demokrasi anlayışını benimsediği görülmektedir.²⁹⁰

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, AİHS Kurumları tarafından da içtihat yoluyla birçok kararda, demokratik toplumu belirleyen temel unsurların; çoğulculuk, hoş görü ve geniş fikirlilik olduğu şeklinde belirtilmiştir.²⁹¹ AİHS kurumları tarafından kabul gören temel unsurlar değerlendirildiğinde; çok sesliliğin hâkim olduğu bir yönetimde, azınlığın hak ve özgürlüklerinin gelişimine hoşgörülle yaklaşan ve hak ve özgürlükleri minimum düzeyde sınırlamayı kabul eden bir anlayışın *demokratik toplum düzeninin gereklerini* temsil ettiği görülmektedir.

Zaten AYM 1972 tarihli Sendikalar Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun ile ilgili vermiş olduğu bir kararında da; Anayasamızın temel kurallarında bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesini; çağdaş uygarlık düzeyi ile ve batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaştırmıştır.²⁹² 1986 yılında ve birbirine çok yakın iki zaman diliminde birbirinden farklı iki kararın verilmesi yerine, 1972 yılında verilmiş bu yerinde karar ile AİHS'nin uygulayıcı kurumları tarafından kabul edilen çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik gibi unsurlarda değerlendirilerek gelişmiş yeni bir karar ortaya kosa idi çok yerinde olurdu. Çünkü çoğulcu, özgürlükçü ve katılımcı bir demokraside hak ve özgürlüklerin belirli seviyede olması gerektiği vurgulanmış olurdu.²⁹³ Böylece kısa bir zaman dilimi içerisinde aynı konuyla ilgili olarak yani demokratik toplum düzeninin gereklerinin ne olduğu konusuyla ilgili olarak öğretide de çok tartışılan bu iki farklı karar verilmemiş, aksine sağlıklı bir kararın yerindeliği alkışlanarak eleştiriler oluşmamış olacaktı düşüncesindeyiz.

²⁹⁰ Z. GÖREN, Temel Hak Genel ..., s. 116.

²⁹¹ H. FENDOĞLU, agm., s. 130.

²⁹² E. 1970/48, K. 1972/3, KT : 8-9.02.1972, AYMKD., S. 10, s. 128.

²⁹³ İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

“Demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı olamayacağı kuralının, 1961 Anayasasının öngördüğü “özgürlüklerin özüne dokunulamaz” ilkesini içerdiğini başka bir kararında vurgulayan AYM, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi ile hakkın özü ilkesinin birbirlerini tamamlayıcı ölçüt olarak yorumlamıştır.²⁹⁴ Gerçektende demokratik toplum düzeni; sınırlamanın nasıl yapılacağını gösteren “nispi” bir ölçüt olmasına rağmen, öz güvencesinin; yasa yapıcının sınırlayamayacağı alanı gösteren “mutlak” bir ölçüt olarak göze çarpması, birbirlerini tamamlar nitelikte olduğunu göstermiştir.²⁹⁵ Çünkü demokratik toplum düzeninin gerekleri, hakkın özünü ihlalden önce var olan ve çekirdek alana kadar uygulanan bir ölçüttür. Hakkın özü ölçütü “devlet (kamu gücünün) kısıtlanmasının mutlak ve nihai sınırı”,²⁹⁶ demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü ise, bu sınırın önceki aşamalarını kucaklayan bir ilke olarak anlamlandırılmıştır.

2001 yılı değişiklikleri neticesinde 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde yapılan değişiklikle, 1961 Anayasası’nın ruhunu temsil eden “hakkın özü” ölçütüne tekrar yer verilmesi, öğretilerde tartışılan ve Anayasa Mahkemesinin kararlarında birlikte değerlendirilen her iki ölçütünde uygulanması gerektiği düşüncesi böylece yasa koyucu tarafından da kabul görmüştür.

3.3.2 Değişiklik Sonrası Yeni Şeklin Getirdiği Yenilikler Ve Kaldırdığı Ölçütler

2001 yılı Anayasa değişiklikleri neticesinde *hakkın özü*, ölçülülük ve *laik Cumhuriyetin gerekleri* gibi 1982 Anayasası’nda yer almayan kimi yenilikler düzenlenirken, *genel sınırlama nedenleri* ve *sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılamayacağı* gibi kimi ölçütler de kaldırılarak 13. maddede kapsamlı bir değişikliğe gidilmiştir.

3.3.2.1 Yeni şeklin getirdiği yenilikler

3 Ekim 2001 tarihli 4709 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası’nda yapılan değişiklikler neticesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını düzenleyen 13. maddeye bir takım yenilikler ilave edilmiştir. Böylece 13. maddenin kenar başlığı

²⁹⁴ Z. ARSLAN, agm., s. 152, ayrıca **bkz.** E. 1985/8, K. 1986/27, KT : 26.11.1986, AYMKD., S. 22.

²⁹⁵ O. UYGUN, age., s. 174.

²⁹⁶ E. MEMİŞ, age., s. 195.

korunmakla birlikte, 2001 değişikliğiyle beraber gelen yenilikler sayesinde 13. madde, Avrupa standardı olan ve 4 ölçütü güvence altına alan bir düzenlemeye dönüşmüştür.²⁹⁷

3.3.2.1.1 “Hakkın özü” kavramının vurgulanması

2001 değişikliklerine kadar ki dönemde 1982 Anayasası’nda “hakkın özü” kavramı yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının kullanıldığını dile getirmiştik. Hakkın özü kavramından kastedilen mana; bir temel hak ve özgürlük sınırlanırken, bu sınırlamanın hakkın kullanılmasını son derece zorlaştıracak ya da kullanılmasını imkânsız kılacak dereceye kadar varmamasını ifade etmektedir.²⁹⁸ O halde her bir hak ve özgürlüğün çekirdek bir alanının olduğu ve bu çekirdek alan o hak ve özgürlüğün özünü oluşturup onun var olma nedeni olduğundan sınırlanamayacağını göstermektedir. Aslında bu güvence yani hakkın özüne kesinlikle dokunulamayacağı ilkesi, demokratik toplum anlayışı ilerledikçe yorum yoluyla güçlendirilebilecek bir niteliktedir.²⁹⁹

Bununla birlikte her ne kadar 1982 Anayasası’nın özgün 13. maddesindeki düzenlemede öz kavramı yer almamışsa da, AYM vermiş olduğu kararlarında öz ölçüsünü sahiplenerek kullanmaya devam etmiştir. AYM bu yaklaşımıyla, “öz güvencesi” bakımından kazanılan yaklaşık yirmi yıllık deneyimi bir bakıma silip atmayı reddetmiştir.³⁰⁰ Başka bir deyişle öz güvencesi bakımından kazanılan yirmi yıllık tecrübe koruma altına alınmıştır.³⁰¹ Dolayısıyla AYM kuruluşundan itibaren hak ve özgürlüklerin özünün saptanmasında ‘hakkın kullanılabilir’ durumda kalmasını, bu zamana kadar da hep ölçüt olarak kabul etmiştir.³⁰²

Mahkeme 13. maddenin özgün halindeki “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını kararlarında kullanırken, “hakkın özü” kavramını da “yanı başında bir destek norm olarak devreye”³⁰³ sokmuştur. Böylece hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının

²⁹⁷ İ. Ö. KABOĞLU, Türkiye’de Anayasal Reformlar Üzerine, age., s. 68.

²⁹⁸ A. EREN, age., s. 97.

²⁹⁹ C. EROĞUL, age., s. 324.

³⁰⁰ O. UYGUN, age., s. 188.

³⁰¹ B. KUZU, İnsan Hakları Yıllığı Dr. Muzaffer Sencere Armağan, *Düşünceleri Açıklama Hürriyeti*, C. 17-18, 1995-1996, s. 51.

³⁰² Y. ALİEFENDİOĞLU, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel..., s. 141-176.

³⁰³ B. TANÖR – N. YÜZBAŞIOĞLU, age., s. 143.

denetimini yapan AYM, 20 yıllık hakkın özü deneyiminin yanı sıra, demokratik toplum düzeninin gerekleri tecrübesini de ekleyerek, yerinde kararlar vermeye devam etmiştir.

“Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derecede zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş”³⁰⁴ olduğunu dile getiren AYM, başka bir kararında da; “eğer sınırlama, bir temel hakkın ve özgürlüğün veya dokunulmazlığın cevherini tahrip ediyorsa”³⁰⁵ artık o sınırlamanın, o hakkın özüne dokunmuş olduğunu söylemenin yanlış olmadığını hüküm altına almıştır.

Hakkın özü ölçütünün içeriğini çok iyi bir şekilde dolduran AYM, zaten vermiş olduğu yerinde kararlarla da hakkın özü ölçütünü çok iyi yerlere taşımıştır. Özün ne olduğunun belirsiz oluşunun tartışma konusu olması nedeniyle AYM’ye çok büyük görevler düşmüş ve bu görevi; “her hak ve özgürlüğün dokunulmaz bir cevherinin olduğu, o hak ve özgürlüğü zorlaştıran veya kullanılmaz duruma getiren her sınırlamanın da bu cevhere dokunduğu” şeklinde hakkın özü kavramını ifade ederek, güzel ve yerinde tanımlamalar yapmıştır.

Hakkın özü ölçütü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü gibi somut olmayıp soyut olması nedeniyle, her iki ölçütün de belirgin edilip uygulanabilir olmasını sağlamaya çalışan AYM olmuştur. Özellikle hakkın özü noktasında dünya hukuk literatürüne katkısı olduğu düşünülen AYM, hakkın özü kavramının doğduğu ülke olan Almanya’da bile akla gelmeyecek bir gelişmenin bizde olmasını sağlamıştır.³⁰⁶ AYM bu gelişmeyi hakkın özü ölçütünün 2001 yılına kadar 1982 Anayasası’nda yer almadığı bir dönemde yerine getirmiş ve diğer ülke AYM’lerine örnek teşkil edecek kararlar almıştır.

2001 Anayasal değişiklikleri ile birlikte 13. maddenin içeriğine “hakkın özü” ölçütünün eklenerek “pozitif dayanağa”³⁰⁷ kavuşturulması önemli bir yenilik olmuştur. Fakat hakkın özü ölçütünü ayrı bir bölüm olarak ele aldığımız için bu başlık altında konuyu

³⁰⁴ E. 1963/25, K. 1963/87, KT : 08.04.1963, AYMKD., S.1, s. 228.

³⁰⁵ E. 1976/27, K. 1976/51, KT : 18-22.11.1976, AYMKD., S.14, s. 361.

³⁰⁶ M. SOYSAL, agm., s. 45

³⁰⁷ Y.Ş. HAKYEMEZ, Yeni Anayasada İnsan Haklarının..., agm. S. 15.

yüzeysel olarak ele aldık. O yüzden 2001 değişikliklerinin 13. maddeye getirmiş olduğu diğer bir yenilik olan “ölçülülük” ilkesi ile konuya devam edeceğiz.

3.3.2.1.2 Ölçülülük ilkesi

Almanya ve İsviçre’de doğmuş olan ölçülülük ilkesi, bu ülkelerde, “düzenin korunması daha yumuşak bir araçla mümkün gözüküyor iken, eğer devlet otoritesini kullanan irade daha sert bir araç kullanarak bunu yerine getiriyorsa yetki aşımı vardır” şeklinde tanımlanmıştır.³⁰⁸ Alman hukukundaki hâkim öğretiyeye göre, ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin özünden ve hukuk devleti ilkesinden türeyen bir güvence olmuştur.³⁰⁹ Bu ilkenin elverişlilik, zorunluluk ve oranlılık gibi alt ilkelerinin varlığı nedeniyle diğer ölçütlere göre daha belirgin ve açık oluşu, tüm Avrupa ülkelerinde yaygın bir şekilde kullanılmasını sağlamıştır. Bunlardan Federal Alman Anayasa Mahkemesi(Alm. AYM), bizde ilk kez 1961 Anayasası ile kabul edilen “hakkın özü” ilkesiyle ilgili olarak bir denetim yapmadan önce, “ölçülülük” ilkesini ölçüt alarak, bu ilkeye göre bir denetim yapmayı uygun görmüştür. Mahkeme sadece öz denetiminden önce değil çoğu kararlarında bu ilkeyi yoğun olarak işlemeyi daha uygun bulmuştur.³¹⁰

Alm. Anayasa hukukunda uzunca bir zamandan beri yer almasına rağmen, hak ve özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılmasını engellemeyi amaç edinen ölçülülük ilkesinin, 2001 yılına kadar Anayasalarımız içerisinde yer almaması büyük bir kayıp olmuştur. Ne yazık ki 1924 ve 1961 Anayasası’nda ve 2001 yılı değişikliklerine kadar 1982 Anayasası’nda yer almayan ölçülülük ilkesinin bu eksikliği, AYM tarafından ölçülülük ilkesiyle ilgili olarak verilmiş kararlar ışığında, bir şekilde giderilmeye çalışılmıştır. Bu dönem içerisinde AYM’nin ölçülülük ilkesini keşfetmesi, uygulaması ile ilgili gelişmeler ve hukuki dayanaklar, Alm. Anayasası ve Alm. AYM içtihatları³¹¹ ile benzerlik göstermiştir.³¹²

³⁰⁸ Z. G. BAKIR, age., s. 69.

³⁰⁹ M. KILIÇOĞLU – K. ŞENOCAK, İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, [09.01.2012].

³¹⁰ F. SAĞLAM, age., s. 110 vds.

³¹¹ Ölçülülük ilkesinin Federal Anayasa Mahkemesi yoluyla tanınmasına katkısı olan en önemli kararlardan bir tanesi “APOTHEKEN” kararıdır. **Bkz.** Y. METİN, Ölçülülük İlkesi(Karşılaştırmalı Bir Anayasa İncelemesi), 2002, Ankara: Seçkin, s. 136, dipnot: 273.

³¹² Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1305.

Ölçülülük ilkesinin yanı sıra sınırlamanın ölçüsünü ve sınırını belirleyen diğer güvenceler ise, “öze dokunma yasağı” ile “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütleridir.³¹³ AYM’nin önceki sayfalarda vermiş olduğumuz kararları incelendiğinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ile öze dokunma yasağı ölçütlerini birlikte değerlendirdiği ve her iki ölçütü birbirinin vazgeçilmezi olarak tanımladığı görülecektir. Ayrıca başka bir kararında da; ölçülülük ilkesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı içerisinde yer aldığını, “özgürlükler ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir” şeklindeki ifadeyle değerlendirildiğini anlaşılabilecektir.³¹⁴ Fakat bu değerlendirmeleri yorumlarken, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü ile “hakkın özü” ölçütünün, özgürlüklerin sınırlandırılmasında en son çizgiyi gösteren kavramlar olduğunu ayrıntılı olarak bilmemiz gerektiği düşüncesindeyiz.³¹⁵

AYM’nin bu kararlarına baktığımızda, “hukuk devleti anlayışının doğal bir uzantısı olarak”³¹⁶ 1961 Anayasası döneminde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nden farklı olarak “öz”den önce gelen alanda yapılan “ölçülülük” denetimini fazla geliştirmemiş ama adını koymadan bu ölçüte dayalı kararlar vermiştir.³¹⁷ Zaten Alm. AYM kararları incelenecek olursa,³¹⁸ bizde ilk kez 1961 Anayasası ile kabul edilen “hakkın özü” ilkesiyle ilgili olarak bir yargılama yapmadan önce, “ölçülülük” ilkesini ölçüt olarak ona göre bir denetim yaptığı görülecektir.

Alm. AYM’nin hakkın özü ilkesinin ihlaline bakmadan önce ölçülülük ilkesini devreye sokarak bir hakkın ihlalinin olup olmadığının denetimini bu şekilde yapması, çok yerinde bir uygulama olmuştur. Çünkü “hakkın özü” bir temel hak ve özgürlüğün çekirdek alanını oluşturmaktadır. Bu alanın dış cephesini koruyan değişik güvence mekanizmaları vardır. Dolayısıyla “ölçülülük” ilkesi de bu dış çeperde yer alan güvence mekanizmalarından birini oluşturmaktadır. O yüzden dış cephedeki güvence

³¹³ A. CEYLAN, agt., s. 35.

³¹⁴ A. CEYLAN, agt., s. 13. ; E. 1999/13, K. 1999/51, KT : 29.12.1999, AYMKD., S.36/2, s. 673.

³¹⁵ O. K. KANADOĞLU, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, 1. Bası, Şubat 2000, İstanbul: Beta, s. 169.

³¹⁶ Y. OĞURLU, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda..., age., s. 491; H. T. FENDOĞLU, agm. s. 131 ; Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1292 ve 1294 ; F. SAĞLAM, age., s. 118 .

³¹⁷ T. EFE, agm., s. 27.

³¹⁸ F. SAĞLAM, age., s. 110 vds.

mekanizmalarını devreye sokmadan çekirdek alanla ilgili olarak o hak ve özgürlüğün savunulması yerinde olmayacağını düşünmekteyiz.

Anayasamızda açıkça ölçülülük ilkesi yer almamakla birlikte, 13/2 ve 15/1 maddeleri bu ilkeyi vurgular gibi gözükmektedir.³¹⁹ Nitekim öğretide ölçülülük ilkesinin “pozitif temeli”³²⁰ nin 1982 Anayasası’nın özgün halinde yer aldığı, Anayasanın 15. maddesinde “durumun gerektirdiği ölçüde”, 13. maddesinde “genel ve özel sınırlandırma sebeplerinin öngörülen amaç dışında kullanılamayacağı” şeklindeki ifadelerin, “ölçülülük” kavramı olarak kabul edilebileceği vurgulanmıştır. Gerçekten de Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesine bakıldığında, Anayasanın 13/2 maddesi için “ getirilen sınırlama bu amacın zorunlu ya da gerekli kıldığından fazla olamayacağını yani amaç ile sınırlama orantısı her halde korunmasının gerektiği”³²¹ ifade edilmiştir.

Yine Anayasanın 15/1 maddesine göre olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını tamamen veya kısmen durdurulmasını durumun gerektiği ölçüde izin veriliyorsa olağan dönemlerde aynı durumun söz konusu olması muhakkaktır. O halde Anayasanın 13/2 ve 15/1 maddesi ölçülülük ilkesinin pozitif temeli olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca özgün 13. Maddenin gerekçesine bakıldığında “amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır denilmek suretiyle sınırlamalarda ölçülülük ilkesine uyulması gerektiği ifade edilmiştir.”³²²

2001 yılında değişikliğe uğrayan 13. maddeye, sınırlamaların ölçülülük ilkesine de aykırı olamayacağı şeklinde bir düzenlemenin de eklenmesi neticesinde, 15. maddedeki pozitif temeli³²³ ile birlikte, ilk kez yeni bir ölçüt olarak “ölçülülük” ilkesi Anayasa metinlerimizde yerini almıştır. Keza ölçülülük ilkesinin diğer pozitif temelini oluşturan “genel ve özel sınırlandırma sebeplerinin öngörülen amaç dışında kullanılamayacağı”

³¹⁹ Y. OĞURLU, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda..., age., s. 491.

³²⁰ A. EREN, age., s. 94 ; Y. SABUNCU, age., s. 67.

³²¹ K. VURALDOĞAN, age., s. 40 vd.

³²² Y. METİN, age., s. 213.

³²³ 1961 Anayasasından itibaren AYM kararlarında uygulanan ölçülülük ilkesinin, 2001 değişikliği ile 1982 Anayasası’na eklenmesi aslında kurucu bir yenilik olmamış, yargı kararları ile benimsenmiş bir ölçütün pozitif hukuk kuralına dönüştürülmesinden ibaret olduğu görüşü için bkz. S. YAZICI, age., s. 95.

ifadesinin değişiklikle beraber madde dışına çıkarılması da, ölçülülük ilkesinin kabul edilmesi nedeniyle 13. maddede yer almadığı şeklinde dile getirilmiştir.³²⁴

Ölçülülük ilkesi, üç kavramın birleşmesinden meydana gelen veya üç kavramı içinde barındıran bir ölçüttür. O yüzden ilkenin içeriğinin tam olarak belirlemek için, öğretide ve mahkeme kararlarında söz konusu ilke bu alt ilkelere ayrılarak incelenmektedir.³²⁵ Nitekim Alm. AYM tarafından ölçülülük ilkesine göre yapılacak bir sınırlandırmanın, “elverişli”, “gerekli(zorunlu)” ve bir “oran” içinde olması gerektiği şeklinde tanımlaması yapılmıştır.³²⁶

Bu üç kavramı AYM’imiz de ilk kez Avukatlık Kanunu ile ilgili verdiği bir kararında tanımlamıştır. “Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ‘ölçülülük’ temel ilkesinin alt ilkelerini, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ilkenin ‘*elverişlilik*’ ilkesi olduğu, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ilkenin ‘*zorunluluk-gereklilik*’ ilkesi olduğu, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen ilkenin ise ‘*oranlılık*’³²⁷ ilkesi olduğu şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımlar birlikte değerlendirildiğinde, kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında mantıksal bir bağ kurulduğu takdirde ve söz konusu araçlar tartışma konusu olan temel hak veya özgürlüğe mümkün olduğunca az zarar vermesi durumunda, mahkeme tarafından kabul edilir bulunmuştur.³²⁸

Anayasa Mahkemesinin Avukatlık Kanunu ile ilgili bu kararının ölçülülük ilkesi ile ilgili içtihatların yerleşmesinde ayrıca önemli bir yerinin olduğu söylenebilir.³²⁹ Çünkü Anayasa Mahkemesi ilk kez bu kararında ölçülülük ilkesini açık bir şekilde tanımlamıştır. Ayrıca bu tanımın öğretide Sağlam tarafından Alm. AYM içtihatlarından

³²⁴ Y. ALİFENDİOĞLU, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel..., s. 141-176.

³²⁵ M. KILIÇOĞLU – K. ŞENOCAK, agm., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, [09.01.2012]

³²⁶ F. SAĞLAM, age., s. 114.

³²⁷ E. 1988/50, K. 1989/27, KT : 23.06.1989, AYMKD., S.25, s. 312.

³²⁸ Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1289.

³²⁹ Y. METİN, age., s. 217.

ve Alman öğretisinden alınarak yapılan tanımın tekrarı niteliğinde olduğunu da bilmemiz gerekir.³³⁰

Anayasada ölçülük ilkesine dair bir ölçüt yer almamasına rağmen AYM'nin böyle bir tanımının Alm. AYM'nin tanımı ile örtüşmesi, AYM'nin “batı uygarlığına dayalı hukuk devleti ilkesi”³³¹ kararı ışığında değerlendirilebilecek bir karar almasını sağlamıştır. Dolayısı ile AYM bu ve benzeri kararlarla, ölçülülük ilkesinin uygulanış biçimini demokratik toplum düzeninin gerekleri bağlamında, Alm. AYM tarafından geliştirilmiş hali ile kullanıp uygulama alanı bulmuştur. AYM bu uygulama alanını kullanırken, ölçülülük ilkesini demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı ile paralel olarak değerlendirme yolunu seçmeli³³² ve öze dokunma anına kadar olan alanda söz konusu denetimini sıklaştırmalıdır.

Ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara bakacak olursak, bir kararında; hakimlerin ve savcılarının yalnızca ayrıldıkları mahkemede 2 yıl süre ile avukatlık yapmalarına ilişkin yasağın değişiklikle birlikte emeklilik veya istifa durumlarında ayrılma tarihinden geriye dönük 5 yıl içerisinde görev yapılan yerlerin yargı çevresinde avukatlık yapmama biçiminde genişletilmesini, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırıldığı şeklinde bir tespit yapmıştır.³³³

Başka bir kararında; asker kişilerin herhangi bir nedenle izinli dahi olsalar, yabancı ülkeye gitme müsaadesi almaksızın izinlerinin 3 gününü ülke sınırları dışında geçirmesi durumunda yabancı ülkeye kaçmış sayılarak 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklarına ilişkin başka bir hükmü, suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması hukuk devleti olmanın gereğidir diyerek yine mahkeme Anayasaya aykırı bulmuştur.³³⁴

³³⁰ Y. METİN, age., s. 217, dipnot : 101.

³³¹ E. 1970/48, K. 1972/3, KT : 8-9.02.1972, AYMKD., S. 10, s. 128.

³³² O. CAN, Anayasa Değişiklikleri ve ... , <http://www.setav.org/public/BilgiBelgeDetay.aspx?Dil=tr&dtur=13030&q=hukuk-insan-haklari>, [10.01.2012].

³³³ S.ÜZELTÜRK, age., s. 41, E. 2001/309, K. 2002/91, KT : 15.10.2002, AYMKD., S. 39, C.1, s. 141 vd.

³³⁴ S.ÜZELTÜRK, age., s. 41, E. 2002/166, K. 2004/3, KT : 21.01.2004, R.G. 2.7.2004, S25510.

AYM'sinin diğerkararları incelendiğinde de cezanın suçla orantılı olması gerektiği³³⁵, konulan kuralın kamu yararını korumaya elverişli olması mecburiyeti³³⁶, makul, kabul edilebilir sınırların aşılmması zorunluluğu³³⁷, sınırlamanın, durumun gerektirdiği ölçüde yapılması³³⁸ gibi kavramlarla, ölçülülük ilkesinin içeriğini dolduran alt başlıklara atıfta bulunmuştur.

O halde tüm bu kararlar değerlendirildiğinde, *elverişlilik ilkesi*; kısıtlama yapacak yasanın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını, *gereklilik ilkesi*; sınırlandırmayı yapacak olan aracın en yumuşak olanının tercih edilip edilmediğini, *orantılılık ilkesi*; amaç ile araç arasındaki oranı, diğerkbir ifade ile hedeflenen amaç ile seçilen araç arasındaki makul seçimin yapılıp yapılmadığını tanımlamış olduğu görülecektir. Elverişlilik ilkesine göre gerçekleştirilmesi düşünülen amaç için yapılan sınırlamanın elverişli olması gerektiği, zorunlu bir kural olarak belirlenmiştir. Ayrıca gereklilik ilkesinde sabit bir amaç varken ve söz konusu amaca ulaşmada birden fazla araç söz konusu iken bunlar arasındaki etkileşim irdelenmekte, oranlılık ilkesinde ise farklı iki değişkenin karşılıklı etkileşimi bulunmakta ve söz konusu etkileşimde ölçülü bir oranın olması gerekmektedir.³³⁹

Şöyle ki, kanun koyucu tarafından gerçekleşmesi düşünülen bir amaç ile korunması planlanan bir hukuki değerin kısmen de olsa olumlu yönde etkilenmemesi³⁴⁰ durumu söz konusu olduğunda, yapılan temel hak ve özgürlük sınırlamalarının *elverişli* olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla ulaşılmak istenen amacı güçleştiren veya ulaşılmak istenen amacı akamete uğratan araçlar elverişli olarak kabul edilmemektedir.³⁴¹

Yine ulaşılmak istenen amacı daha hafif bir önlem ile elde etmek yerine, bir önceki önleme nazaran daha ağır bir önlem ile amacın gerçekleştirilmesi de *gereklilik* veya

³³⁵ E. 1986/12, K. 1987/4, KT : 11.02.1987, AYMKD., S. 23, s. 85.

³³⁶ E. 1970/48, K. 1972/3, KT : 8-9.02.1972, AYMKD., S. 10, s. 128 vd.

³³⁷ E. 1986/17, K. 1987/11, KT : 22.05.1987, AYMKD., S. 23, s. 222 ; E. 1988/14, K. 1988/18, KT : 14.06.1988, AYMKD., S. 24, s. 253.

³³⁸ E. 1990/25, K. 1991/1, KT : 10.01.1991, AYMKD., S. 27, s. 97

³³⁹ N. OKUR, 4709 Sayılı Yasa İle Getirilen Düzenlemeler Işığında 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniv. Sosyal Bil. Enst., 2002, Ankara, s. 35.

³⁴⁰ Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1321.

³⁴¹ M. KILIÇOĞLU – K. ŞENOCAK, agm., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, [09.01.2012].

zorunluluk şartını gerçekleştirmediğini ortaya koyar. Şöyle ki gereklilik veya zorunluluk ilkesi -aynı zamanda- muhtemel alternatif önlemlerden hangisine öncelik verilmesi gerektiği yönünde bir ön incelemenin yapılmasını emreder.³⁴² Eğer bu ön inceleme yapılmadan daha hafif bir önlem yerine bu önleme nazaran daha ağır bir önlemin amacı gerçekleştirmek için kullanıldığı düşünülürse, alınan önlemin zorunluluk şartını taşımamasına sebep olacaktır.

Ayrıca bireyin temel hak ve özgürlükleri kamusal nedenlerle sınırlandırılmak istendiğinde, yasa koyucunun makul bir denge³⁴³ ile konuya yaklaşmaması durumunda da *orantısızlık* durumu söz konusu olur. Görüldüğü gibi yukarıda sayılan tüm bu nedenler ölçülülük ilkesinin alt unsurları olduklarından dolayı, kanun koyucu tarafından göz ardı edildiklerinde, yapılan düzenleme ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

Yine AİHM açısından da ölçülülük ilkesi, sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu beklenirken sıklıkla kullanılan bir başvuru yöntemi olmuştur.³⁴⁴ AİHM ölçülülük ilkesi ile ilgili kararları incelerken, devlet müdahalesinin gerekli olup olmadığı konusunda “takdir yetkisi öğretisini” ve “orantılılık ilkesini” göz önünde bulundurarak kararlar vermiştir.³⁴⁵

AİHM’ye göre bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından elde edilecek amaç, daha az sınırlayıcı alternatif bir yöntemle gerçekleştirilebiliyorsa söz konusu hak ve özgürlük sınırlandırılabilir. Aksi durumda müdahale ile bu amaç elde edilmez ise AİHS ihlal edilmiş olarak kabul edilmiştir.³⁴⁶ Ayrıca Mahkeme yapılan başvuru üzerine öncelikli olarak taraf devletin haklı görülebilmesi için bu devletin hak ve özgürlüğe getirmiş olduğu sınırlamanın gerekli olup olmadığını delillendirebilmesine³⁴⁷ bakmakta, aksi durumda ise ölçülülük ilkesine aykırı hareket ettiğini düşünmektedir.

Ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak yukarıda geçen anlatımları genel değerlendirmek istediğimizde; aslında ölçülülük ilkesine sadece Anayasal çerçeveden bakmanın yeterli olmadığı düşüncesindeyiz. Türk hukukunda ve diğer ülke uygulamalarında temel hak ve

³⁴² M. KILIÇOĞLU – K. ŞENOCAK, agm., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, [09.01.2012].

³⁴³ Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1324.

³⁴⁴ A. EREN, age., s. 94.

³⁴⁵ R. TÜRMEEN, agm., s. 199.

³⁴⁶ N. AYDIN, age., s. 120.

³⁴⁷ Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1300.

özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi en somut ve en önemli ilke olmuştur.³⁴⁸ Çünkü kamu düzeninin henüz bozulmadan önce bozulmasının engellenmesi, bozulduktan sonrada yeniden kurulması, çoğunlukla bireye karşı yaptırım ve güç kullanılması durumlarında ortaya çıkmıştır.³⁴⁹

Bu durum da 13. maddenin içeriğinin sadece bireyin hak ve özgürlüklerini değil, aynı zamanda kolluk faaliyetlerini de ilgilendirdiğini açıkça göstermektedir. Çünkü devlet otoritesinin kullanıcısı olan hükümetler bireye karşı yaptırımı ve gücü, hep kolluk eliyle sağlamışlardır. Zaten AY'nın 13. maddesinin içeriğini oluşturan ölçülülük ilkesini, kolluk faaliyetleri ile açıklamak istersek; alınan kolluk önlemi ile engellenmek istenen eylem ya da durumun ağırlığı arasındaki oranlılığın olması zorunluluğu karşımıza çıkar.³⁵⁰ Dolayısıyla idari organların, makam ve kişilerin, devletin gücünü kullanan tüm ast-üst ilişkisi içerisinde olan memurların, bu ilkeyi kullanmalarını ve yapmış oldukları faaliyetlerde ölçülü davranıp bu ilkeyi amaç edinmelerini sağlamanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.³⁵¹

Özellikle de günümüzde yaşanan ve sürekli gündemde olan son gelişmelere göre, yasaca belli şartlar altında kısıtlama altına alınmış hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulayıcı olan kolluk kuvveti memurlarının veya belli bir yasaya dayanarak hüküm tesis edecek olan yargı mensubu hâkimlerin, ölçülülük ilkesini meslek içi eğitimlerle almaları gerektiğinin varlığı açıkça ortadadır. Çünkü devlet otoritesinin kullanıcısı olan hâkim güç, Anayasanın bireye tanımış olduğu temel hak ve özgürlüklere karışma hakkına en fazla kolluk alanında sahip olmakta ve ölçülülük ilkesinin önemi de bu noktada gerekli görülmektedir.³⁵²

³⁴⁸ İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

³⁴⁹ Y. OĞURLU, AİHS Uygulamasında Ölçülülük İlkesi, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, 2001, İzmir: Dokuz Eylül Üniv. Yayını, s. 500.

³⁵⁰ Y. OĞURLU, AİHS Uygulamasında..., s. 500 vd.

³⁵¹ **Bkz.** Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme İçin, Ö. A. ATASOY, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar, Açısından Uyuma Zorunluluğu, AYD, Yıl: 2002, C. 19, s. 123-139 ; İ. Ö. KABOĞLU, Türkiye'de Anayasal Reformlar Üzerine, age., s. 76 ayrıca **bkz.** dipnot : 50 - 51.

³⁵² Y. OĞURLU, AİHS Uygulamasında ..., s. 501.

3.3.2.1.3 “Laik Cumhuriyetin gerekleri” ölçütü

2001 değişikliği öncesinde genel sınırlandırma nedenleri içerisinde yer alan ve değişiklikle birlikte “laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama” biçiminde değişime uğrayan Cumhuriyet ilkesi, 1982 Anayasası’nda ki değişimlere rağmen, yerini her zaman korumuştur. Cumhuriyet, önceden hanedanı reddeden bir “hükümet şekli” iken, 1924 Anayasası ile birlikte “aynı zamanda” demokratik devlet şeklini; 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası (2001 yılında yapılan değişiklikleriyle birlikte) ile de, demokratik devletin gerçekleşme aracı ve güvencesi olan hukuk devletini de kapsar hale gelmiştir.³⁵³

“Laiklik” hükmü ise, Türk Anayasalarına ilk kez 1924 Anayasası’nda 5 Şubat 1937 Tarih ve 3115 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile girmiştir.³⁵⁴ Anayasanın değiştirilemeyen maddelerinden “Cumhuriyetin nitelikleri” başlığı adı altında düzenlense de, 13. maddenin içeriğinde yeni bir sınırlama kavramı olarak “laik Cumhuriyetin gerekleri” adı altında tekrar ölçüt olarak belirlenmiştir.

Anayasamızın 13. maddesinde düzenlenen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı ölçütlerinden “sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması” ilkesini açıklarken, Anayasanın bütünlüğünü ifade eden bir kavram olduğunu dile getirmiştik. Laiklik kavramının, Anayasanın değiştirilemeyen maddeleri içerisinde yer alması ve Anayasanın başlangıç hükümlerinde de düzenlenmesi ve bu metinlerin de Anayasanın ruhunu ve sözünü temsil etmesi nedeni ile 13. maddenin içeriğinde ayrıca tekrar yer alması mükerrerliği doğurmuş gibi gözükmektedir. O nedenle değişik yerlerde sürekli bir koruma kalkanına alınmak istenmesi, laiklik kavramını değersizleştirmekte hatta Anayasanın kendine olan inancını da körelttiği düşüncesi hâkim olmaktadır. Çünkü Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk, Anayasaya bütüncül bir açıdan bakmayı zorunlu kılmaktadır. Birkaç maddesinde düzenleme bulan bir ilkeye ayrıca temel hak ve özgürlüklerin güvence mekanizmasının bulunduğu 13. maddesinin içerisinde tekrar yer verilmesini uygun görmemekteyiz.

³⁵³ Y. YAYLA, Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, 1979, İstanbul, s. 1013.

³⁵⁴ S. BATUM, age., s. 353. ; “Batıda ekonomik devrime paralel olarak belirmiş olan laikliğe, Türkiye’de 200 yıllık bir gecikme ile ulusal kurtuluş savaşından sonra bir devrimle geçilmiştir.” **Bkz.** M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 365.

Anayasanın başlangıç kısmının 5. Paragrafında “*lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı*”, 42. Maddesinde “*eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında*” yapılacağı ve “*eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan*” kaldırmayacağı, 174. Maddesinde “*Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden*” devrim kanunlarının iptal edilemeyeceği, 24. Maddenin son fıkrasında ise “*kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz*” şeklindeki hükümleri madde metinlerinde düzenlenmiştir.

Yine Anayasanın 14. maddesine bakıldığında “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, ...lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz*” şeklindeki düzenlemeyle, 13. maddedeki ‘*laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütü*’ ve yine değiştirilemeyen maddelerden Cumhuriyetin nitelikleri arasında geçen laiklik vurgusunun yer alması, söz konusu maddelerin aynı amaca paralel bir biçimde hizmet ettiklerini ispatlar nitelikte olduğu görülecektir.

Sınırlamanın sınırı olarak “*laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütünün*” 13. maddeye tekrar alınması, aslında Anayasa koyucunun “*laiklik*” ilkesine verdiği merkezi değer bir ifade biçimini bize göstermektedir.³⁵⁵ Oysa her ne kadar laiklik kavramı Türk toplumu açısından çok önemli bir kavram olsa da Anayasada sürekli tekrar edilmesi, Anayasanın diğer koruma maddelerine olan inancın Anayasa koyucu tarafından zayıf olarak algılanmasından kaynaklandığı gösterir niteliktedir.

Tüm bunları bir kenara bırakacak olursak eğer, en son şekli ile 13. Maddenin mevcut düzenlemedeki içeriğine bakıldığında temel hak ve özgürlükler, “*demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine*” aykırı olarak düzenlenemeyecektir. Dolayısıyla değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi yasama organını denetlerken,

³⁵⁵ Z. ARSLAN, agm., s.152. ; H. TUNÇ - F. BİLİR - B. YAVUZ, age., s. 86.

yapılan sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin yanında laik Cumhuriyetin gereklerine de uygunluğunun olup olmadığını birlikte değerlendirecektir.³⁵⁶

Zaten AYM'nin 2001 yılı öncesi kararlarına bakıldığında da laiklik ilkesinin Anayasal bir ayrıcalığa sahip olduğu ve demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğu şeklinde kararlar verdiği de nitekim görülecektir.³⁵⁷

Anayasanın ilgili maddelerine bakıldığında laikliğin tanımı ile ilgili genel kanaat oluşturacak bir madde metni yer almamaktadır. Dolayısı ile bu eksikliğin giderilmesi Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi, ilk kararlarından itibaren hangi laiklik anlayışı sorusuna, hep 'Türkiye'ye özgü laiklik' anlayışı yanıtını vermiştir.³⁵⁸ Laiklik prensibine ilişkin AYM'nin 1961 Anayasası dönemine ilişkin kararları ile 1982 Anayasası dönemindeki kararları incelendiğinde de,³⁵⁹ laikliğin tanımında ve içtihatlarında da istikrarlı olduğu görülmektedir.³⁶⁰ AYM'nin 1971 yılında vermiş olduğu bir kararında³⁶¹ laikliği;

- i. Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,
- ii. Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümü de aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma,
- iii. Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak

³⁵⁶ A. EREN, 2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen "Laik Cumhuriyetin Gereklere" Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002, S. 3, s. 39.

³⁵⁷ E. 1989/1, K. 1989/12, KT : 07.03.1989, AYMKD, S. 25, s. 150.

³⁵⁸ A. EREN, age. s. 123.

³⁵⁹ Bu kararlar sırası ile : **1)** E. 1963/16, K. 1963/83, KT : 08.04.1963, **2)** E. 1963/121, K. 1963/74, KT : 17.12.1964, **3)** E. 1971/1, K. 1971/1, KT : 20.05.1971, **4)** E. 19670/53, K. 1971/76, KT : 21.10.1971, **5)** E. 1978/28, K. 1978/36, KT : 23.05.1978, **6)** E. 1979/9, K. 1979/44, KT : 27.11.1979, **7)** E. 1980/19, K. 1980/48, KT : 03.07.1980, **8)** E. 1983/2, K. 1983/2, KT : 25.10.1983, **9)** E. 1986/11, K. 1986/26, KT : 04.11.1986, **10)** E. 1986/12, K. 1987/4, KT : 11.02.1987, **11)** E. 1989/1, K. 1989/12, KT : 07.03.1989, **12)** E. 1990/36, K. 1991/8, KT : 09.04.1991, **13)** E. 1995/17, K. 1995/16, KT : 21.06.1995, **14)** E. 1995/25, K. 1996/5, KT : 02.02.1996, **15)** E. 1997/1, K. 1998/1, KT : 14.01.1998, **16)** E. 1997/62, K. 1998/52, KT : 16.09.1998, **17)** E. 1999/27, K. 1999/42, KT : 24.11.1999, **18)** E. 1999/02, K. 2001/2, KT : 22.06.2001, **19)** E. 2008/16, K. 2008/116, KT : 05.06.2008. **Bkz.** S. BATUM, age., s. 354, dipnot 324 ; **Bkz.** B. V. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, 1991, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No:103, s. 171- 217 arası.

³⁶⁰ H. T. FENDOĞLU, agm., s. 134.

³⁶¹ E. 1970/53, K. 1971/76, KT : 21.10.1971, AYMKD, S. 10, s. 66.

amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

- iv. Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilke olarak tanımlamıştır.

AYM'nin "laiklik ilkesi" ile ilgili olarak vermiş olduğu bu kararın kapsamlı ve tanımlayıcı bir açıklamayı içerdiği söylenebilir. Ayrıca bu tanım devlete dini hak ve özgürlükler ile ilgili denetim yetkisi verirken; Atatürk'ün dinin toplumsal görevlerden sıyrılıp vicdanlara itilmesi doğrultusundaki amacına paralel bir anlam taşıdığı da görülmektedir.³⁶²

Devam eden içtihatlarda da aynı doğrultuda kararlar her ne kadar verilmişse de, son AYM'nin yapısıyla ilgili yasal değişikliklerle birlikte, farklı içtihatların gelebileceği hatta önceki kararlarla da çelişebileceği düşüncesi toplumun büyük bir kesiminde yer almaktadır.

AYM her ne kadar adları Cumhuriyet olarak nitelendirilse de, Türkiye'deki Anayasal rejimle taban tabana zıt olan diğer devletlerden farklı olarak Cumhuriyeti yorumlamaktadır.³⁶³ Laiklik ile ilgili vermiş olduğu kararlara bakıldığında nasıl ki Türkiye'ye özgü laiklik anlayışını benimsemiş ise, Cumhuriyeti de Türkiye'ye özgü bir rejim bir devlet sistemi olarak kabul etmiştir. O yüzden Yüksek Mahkemenin yapısı ile ilgili yapılan değişikliklerle birlikte, Türkiye'ye özgü laiklik veya Türkiye'ye özgü Cumhuriyet kavramının yorumlanışından bir dönüşün yaşanabileceği kaygısı toplumda hâkim olmaktadır. En azından bizim böyle bir kaygıyı taşıdığımızı açıkçası söylemek mümkündür.

Mustafa Kemal Atatürk'ün laikliği; ulusal olmanın bir aracı olarak, "Din, mezhep bağı yerine Türk ulusçuluğu bağı Türk devriminin amacıdır" (5/11/1925) şeklindeki tanımlamasını düşünmek gerekir kanaatindeyiz.³⁶⁴ Çünkü o dönemlerde dinin devlet

³⁶² B. V. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Çerçevesinde, s.183.

³⁶³ Y. YAYLA, age., s. 1007.

³⁶⁴ Y. G. ÖZDEN, ek gerekçe için **bkz.** E. 1980/19, K. 1980/48, KT : 03.07.1980, AYMKD., S. 18, s. 265 vd. ; B. V. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Çerçevesinde, s.214, dipnot: 80.

işlerine karışması ulusalcılığın önünde bir engel olarak görülmüş ve Türk devriminin baki olabilmesi için laik toplum düzeninin kurulması hedeflenmiştir. Laiklik, Atatürk devrimlerinin doğumundan gelişimine kadar sahip olduğu ruhu temsil etmiş ve devletin hurafeler karşısında cephe almasını sağlamak ve hurafelere dayanan çevrelerin de sosyal ve siyasal hayata yön vermelerini engellemek için düşünülmüş olan bir ilke olmuştur.³⁶⁵ Daha da ötesi Atatürk teokratik düzeni yıkarak İslam dünyasında ilk laik devleti kurmuştur.³⁶⁶

Tüm bu çabalara rağmen ülkemizde laik Cumhuriyet veya laik Türkiye ilkesinin tüm toplumla kucaklaşması da oldukça zor olmuştur. Laiklik toplumun bir kesiminde din düşmanlığı olarak algılanmış, hatta laiklik tartışmaları yapılırken, kimi siyasal parti liderlerinin bile “nüfusun %99’unun Müslüman olduğu” şeklindeki cümle girişleriyle laiklik kavramının içeriği bir şekilde boşaltılmaya çalışılmıştır.³⁶⁷

Bir imparatorluğun yıkılmasından sonra harap haline gelmiş ve yok olmak üzere olan bir toplumdaki, yeniden bir ülke kurmuş ve yeniden bir toplumsal dirilişi başarmış ülke kurucularının,³⁶⁸ tecrübelerinden esinlenerek gerekli gördüğü laiklik kavramı, günümüzde nedense tam olarak anlaşılammıştır. “Demokratik toplum düzenini” belirli evrim sonrasında “çağdaş batı demokratik toplum düzeni” olarak kabul eden AYM’nin “laik Cumhuriyet” kavramını da aynı biçimde yorumlaması gerektiğini düşünen³⁶⁹ bazı akademisyenlerimizin de işte bu noktada laiklik kavramını tam olarak anlamadıkları görülmektedir. Çünkü Atatürk devrimlerinin temeli laiklik kavramına dayanmaktadır ve Türkiye’ye özgü laiklik ilkesi de Can’ın ifade ettiğinin aksine dünyanın hiçbir ülkesinde evrim geçirmemiştir. O yüzden AYM yine Türkiye’ye özgü laiklik kavramı ile kararlar

³⁶⁵ Ç. ÖZEK, Türk Anayasa Hukukunda Laiklik Kuralı ve Gelişimi, İHFM., C. 27, S. 1-4, Yıl: 1961, s. 96 – 207 .

³⁶⁶ B. V. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Çerçevesinde, s.175. ; Ayrıca gerçekleştirilen devrimlerle eylemli olarak uygulamaya konulan laiklik ilkesi için AYM’nin E. 1989/1 K. 1989/12 K.T. 07.03.1989 tarihli kararı için bkz. S. BATUM, age., s. 356.

³⁶⁷ Bu düşüncelere sahip olan kişiler, küçük yaştaki çocuklar üzerinde etkili olarak, onları dinsel gruplara ve tarikatlara yönlendirmekte ve sisteme karşı militan bir toplum olarak yetiştirmektedirler. M. AKAD - B. V. DİNÇKOL, age., s. 371.

³⁶⁸ Söz konusu dönemi güzel bir şekilde ifade eden yazı için İ. SELÇUK’un 27.10.1998 tarihli Cumhuriyet Gazetesinde yayımlanan “Gel de Şaşma” adlı yazısını herkesin muhakkak okuması gerekir kanaatindeyiz. Bkz. V. SAVAŞ, age., s. 26 vd.

³⁶⁹ O. CAN, Anayasa Değişiklikleri ve ... , <http://www.setav.org/public/BilgiBelgeDetay.aspx?Dil=tr&dtur=13030&q=hukuk-insan-haklari>, [10.01.2012].

vererek, bu tartışmalara girmeden önceki içtihatlarında süregelen kararlarını devam ettirmelidir.

Zaten laiklik kavramı; bulunduğu ülkenin sosyal, siyasal ve dinsel koşullarından etkilenen bir ilkedir. Dolayısıyla aynı dine mensup insanların yaşadığı bir ülkede insanların laiklik anlayışları farklı olabilmektedir. Yine aynı dine mensup farklı ülkelerin laiklik anlayışı da farklılık arz edebilmektedir. Arap yarımadasında bulunan ülkelerde laiklik din düşmanlığı olarak algılanabilirken(ki ülkemizde de bu görüşü benimseyenler oldukça çok), ülkemizde ve batılı ülkelerde demokrasinin vazgeçilmezi olarak görülmektedir.

Yine aynı dini benimseyen batılı ülkelerde de laiklik anlayışlarının³⁷⁰ farklı olması, tek tip bir laiklik anlayışının olmadığını bize göstermektedir.³⁷¹ O yüzden demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını çağdaş-evrensel demokratik sistemleri esas alarak belirleyen AYM'nin, Türkiye'ye özgü laiklik anlayışını esas almasının çelişki yaratacağı görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir. Zaten “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı “laik Cumhuriyetin gerekleri” kavramından oldukça geniş olmakla beraber, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramında referans; evrensel değer ve ihtiyaçlar olurken, laik Cumhuriyetin gerekleri kavramının almış olduğu referans ise; yerel değer ve ihtiyaçlar olmaktadır.³⁷²

Laikliğin anlaşılması ve toplumun laikleşebilmesi, “laik eğitim ve laik ahlak anlayışlarının topluma egemen”³⁷³ olmasıyla mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla Anayasanın 24. maddesinde yer alan ve “din kültürü ve ahlak” bilgisi dersini ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu tutan düzenlemenin de kaldırılarak ilk önce 1982 Anayasası'nın laikleşmesi gerekir kanaatindeyiz. Böylece laik eğitim ve laik ahlak anlayışının topluma egemen olmasıyla birlikte,³⁷⁴ ‘dinin toplum işlerinden ve

³⁷⁰ Batılı devletlerde laikliğin oluşumu için bkz. B. V. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Çerçevesinde, s.195.

³⁷¹ Her devletin kendine göre bir laiklik anlayışının olduğu, toplum gereklerinin göz önüne alınarak düzenlemeler yapıldığı bilinmelidir. B. V. DİNÇKOL, 1982 Anayasası Çerçevesinde, s.86.

³⁷² N. OKUR, agt., s. 72.

³⁷³ A. EREN, agm., s. 47.

³⁷⁴ “Laiklik neden gereklidir” sorusunun Şerafettin Yamaner tarafından verilen cevabı için bkz. V. SAVAŞ, Militan Atatürkçülük, s. 328.

toplumsal görevlerinden sıyrılıp ‘vicdanlara itilmesi’, kişilerin iç dünyalarından dışarıya taşmayan bir inançlar bütünü olarak sayılabilmesi³⁷⁵ meselesi gerçekleşmiş olacaktır.

Toplumun batı toplumuyla aynı derecede maddi refah seviyesine çıkarılması, bu seviyede de aydınlık çağın kurallarına göre eğitilmesi ve İslamın siyaset prensiplerinin kafalardan kazınarak laik devlet düzeninin toplumca benimsenmesi de arzu edilen beklentilerimiz arasındadır.³⁷⁶ Bu beklentilerimiz gerçekleştiği takdirde laiklik ölçütü, mükerrer maddelerle teferruatlı olarak Anayasada koruma altına alınmayacaktır.

“Laiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğünde, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşama biçimidir.”³⁷⁷ Anayasa Mahkemesinin kararında geçen bu ifadeye, umarız Türk toplum yapısı her yönüyle uyum sağlar da günümüzde sonu gelmeyen laiklik tartışmaları artık son bulur düşüncesindeyiz.

3.3.2.2 Yeni şeklin kaldırdığı ölçütler

2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri neticesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını düzenleyen 1982 Anayasası’nın özgün 13. maddesindeki ölçütlerden, “genel sınırlama nedenleri” ölçütü ile “sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılmayacağı” ölçütü kaldırılmıştır.

3.3.2.2.1 Genel sınırlandırma nedenleri

Temel hak ve özgürlükler, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile” sınırlandırılabilir. Özgürlüklerin sınırlandırılması için yasa koyucuya artırılarak verilen ve toplamında dokuz adet olarak sayılan bu genel sınırlama nedenleri, temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olan bir sınırlandırma sebebi olarak 1982 Anayasası’nın özgün halinde düzenlenmiştir.

³⁷⁵ M. SOYSAL, age., s. 165.

³⁷⁶ Ç. ÖZEK, Türk Anayasa Hukukunda Laiklik..., s. 96 - 207.

³⁷⁷ AYM’nin E. 1997/1 K. 1998/1 K.T. 16.01.1998 tarihli kararı için bkz. S. BATUM, age., s. 360. Ayrıca bkz. N. OKUR, agt., s. 74 vd.

1982 Anayasası'nın özgün haline bakıldığında, 13. madde metninde ayrıca hem genel hem de özel sınırlama sebeplerine yer verildiği görülmektedir. O yüzden hak ve özgürlüklerin temel rejimi bağlamında 1982 Anayasası'nın en çok eleştirilen yanlarından birisi, yasama organına istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi yetkisini tanıyan yukarıda ifade etmiş olduğumuz genel sınırlama hükmüne yer vermiş olmasıdır.³⁷⁸ Bu durum, Anayasanın diğer madde metinlerinde özel sınırlama sebebi gösterilmiş hak ve özgürlüklerin, hem özel sebeplere hem de genel sebeplere(md. 13) dayanılarak bindirmeli bir şekilde sınırlandırılmasına da yol açmıştır.³⁷⁹ Dolayısıyla bu biçimdeki bir genel sınırlama rejiminin bulunduğu bir Anayasal düzenlemede, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınacağını söylemek oldukça zor olmuştur.³⁸⁰

Hak ve özgürlükler üzerindeki bu demokrasi ayıbı AYM'nin bazı kararlarında da içtihat halini almıştır. Anayasa Mahkemesinin 'genel sınırlandırma nedenlerinin' uygulanabilirliği ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında,³⁸¹ bir temel hak ve özgürlük için herhangi bir sınırlandırma nedeninin öngörülmemiş olması, o hak ve özgürlüğün sınırlanamayacağına dair bir anlam taşımadığını, ayrıca o hak ya da özgürlüğe ait maddede genel sınırlandırma sebebinin ayrıca öngörülmüş olması gibi nedenlere ihtiyacın da gerekmediğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla AYM de hak ve özgürlüklerin katmerli bir şekilde sınırlandırıldığını genel hükümlere dayanarak ortaya koymuştur. O nedenle ilgili maddesinde herhangi bir sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlükler, genel sınırlandırma nedenleriyle AYM'ne göre sınırlandırılabilir.

1961 Anayasası'nda ilgili temel hak ve özgürlüğün niteliğine uygun düşen farklılaşmış sınırlama nedenleri öngörülürken, 1982 Anayasası'nda bütün hak ve özgürlükler için genel sınırlama nedenlerinin uygun görülmesi yerinde olmamıştır.³⁸² Uluslararası insan

³⁷⁸ M. KOÇAK, Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, [20.01.2011].

³⁷⁹ M. T. EFE, 1982 Anayasası'na Göre Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Askeri Adalet Dergisi, Ocak 1997, Yıl: 25, S. 98, s. 19 ; S. YOKUŞ, agm., s. 185 - 254.

³⁸⁰ Y.Ş. HAKYEMEZ, Yeni Anayasada İnsan Haklarının..., agm. S. 13.

³⁸¹ E. 1985/21, K. 1986/23, KT : 06.10.1986, AYMKD., S.22, s. 224.

³⁸² İ. Ö. KABOĞLU, age., s. 235 ; F. SAĞLAM, Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 2001 Anayasa Değişikliği ve TBB Anayasa Önerisi, Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası Uluslar arası Toplantı, 2002, TBB, Şen Matbaacılık, s. 100.

hakları belgelerine bakıldığında, tüm temel hak ve özgürlükleri kuşatan veya genel bir nitelik arz eden bu şekildeki bir genel sınırlama kuralına asla yer verilmemiştir.³⁸³ Bu sebepten ötürü 1982 Anayasası ile kabul edilen genel sınırlama rejiminin, insan hakları belgeleriyle veya sözleşmeleriyle bir uygunluğu olmayıp aksine aykırılık oluşturduğu görülecektir.

2001 yılında yapılan Anayasal değişiklikle beraber genel sınırlama nedenlerine yer vermeyen AİHS sisteminden esinlenilmiş,³⁸⁴ temel hakların ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle ve madde 13'deki esaslara göre sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Böylece yapılan değişiklikle birlikte 13. madde metni, genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılarak genel koruma maddesi haline dönüştürülmeye çalışılmıştır.³⁸⁵

Temel hak ve özgürlükler 13. maddede yer alan genel sınırlandırma nedenlerinin baskısı ve ağırlığından kurtarılırken, 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi özgürlüğün asıl sınırlamanın ise istisna olduğu bir anlayışa geçilmiştir.³⁸⁶ 13. maddeden genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılmasıyla birlikte, hak ve özgürlükler ile ilgili diğer maddelerin içeriğine bu nedenler serpiştirilerek yeni bir düzenleme yapılmıştır. Eski metinde genel sınırlama nedeni olarak görülen "Cumhuriyet" yerine yeni metinde daha da somut olarak, "Cumhuriyetin nitelikleri" kavramının kullanılması da olumlu bir gelişme olmuştur.³⁸⁷ Fakat "laik Cumhuriyetin gerekleri" ilkesinde de dile getirdiğimiz gibi söz konusu 13. Maddenin içeriğinde yer alması mükerrer düzenlemeye neden olmuş, yine ilgili maddede yer alan "Anayasanın sözü ve ruhu" kavramı ile laiklik ve Cumhuriyet ilkelerinin korunabileceği kanaatindeyiz.

Temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nın içeriğinde yapılan bu köklü değişiklik özünde her ne kadar olumlu olsa da, Anayasanın bütünlüğü içerisinde

³⁸³ Z. G. BAKIR, age., s. 27.

³⁸⁴ İ. GİRİTLİ, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklere Yansımaları, AYD., Yıl:2002, C. 19, s.88-103 ; E. ÖZBUDUN, 2001 Anayasa Değişiklikleri ve Siyasal Reform Önerileri, 2002, TESEV Yayınları: İstanbul, s. 15 ; F. SAĞLAM, Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 2001 Anayasa Değişikliği ve TBB..., age., s. 100.

³⁸⁵ E. ÖZBUDUN, age., s. 15 ; N. YÜZBAŞIOĞLU, age., s. 28 ; Y. SABUNCU, age., s. 58 ; İ. Ö. KABOĞLU, Türkiye'de Anayasal Reformlar Üzerine, age., s. 67.

³⁸⁶ F. SAĞLAM, agm., s. 288 - 310. ; Aksi görüş için bkz. K. GÖZLER, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, 2002, Anayasa Yargısı, S.19, s. 326-354.

³⁸⁷ H. T. FENDOĞLU, agm., s. 135.

yeni sorunlara ve tartışmalara yol açacak derecede eksik olmuştur.³⁸⁸ Çünkü yapılan bu yeni düzenleme ile bazı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının unutulması, önceki konularda da dile getirdiğimiz gibi öğretide tartışmalara neden olmuştur.³⁸⁹ “Oysa genel sınırlandırma sisteminden farklılaşmış kademeli sınırlama sistemine geçilirken, 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 maddelere eklenmesi gerekirdi.”³⁹⁰

Öğretide kabul edilen ortak görüşe göre temel hak ve özgürlükler ile ilgili hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsa bile, kendi nesnel koruma alanlarıyla yani geçerlik muhtevalarıyla sınırlı oldukları şeklinde bir kabul uygun bulunmuştur.³⁹¹ Her ne kadar öğretinin bu ortak görüşü yerinde olsa da, bu eksikliğin giderilmesi için, Anayasadaki temel hak ve özgürlükler ile ilgili tüm madde metinlerinin gözden geçirilip yeniden düzenlenerek, 13. madde ile uyumlu hale getirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

2001 yılı Anayasa değişikliklerine kadarki dönemde 1982 Anayasası’na göre devleti temsil eden yürütmenin veya dolaylı da olsa çoğunluğu yürütmenin elinde bulunan yasamanın, Anayasadaki genel sınırlandırma sebepleri gibi geniş bir düzenleme ile hak ve özgürlükleri sınırlandırma davetiyesine sahip olması, ülkemizde demokratik olmayan durumlara neden olmuştur. Ayrıca değişiklik teklifinin gerekçesinde de temas edildiği üzere, AİHS sisteminde her bir hak ve özgürlük ile ilgili ‘özel sınırlama sebeplerinin’ bulunması ve genel sınırlama kategorisinin AİHS sistemine yabancı olması nedeniyle genel sınırlandırma nedenlerinin kaldırılması şeklinde bir değişikliğe ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.³⁹² 2001 değişikliği ile birlikte artık bu olumsuz durum ortadan kaldırılmış ve evrensel hukukla uygun olacak şekilde çok yerinde bir düzenlemenin yapılması sağlanmıştır. Genel ve özel sınırlama ortaklığına son verilerek, yaklaşık 20 yıl sonra

³⁸⁸ F. SAĞLAM, agm., s. 288 – 310 ; N. YÜZBAŞIOĞLU, age., s. 41 ; F. SAĞLAM, Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 2001 Anayasa Değişikliği ve TBB..., age., s. 100.

³⁸⁹ Örnekler için bkz. N. YÜZBAŞIOĞLU, age., s. 43 ; F. SAĞLAM, agm., s. 288 – 310.

³⁹⁰ F. SAĞLAM, Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 2001 Anayasa Değişikliği ve TBB..., age., s. 100.

³⁹¹ Z. G. BAKIR, age., s. 29. ; F. SAĞLAM, age., s. 258 vd. ; Bu temel haklar “başkalarının hakkı”, “Anayasaya uygun düzen” ve “ahlak yasaları” ile sınırlanmıştır. Bkz. Z. GÖREN, Temel Hak..., s. 101.

³⁹² H. TÜLEN, agm., C. 5, S. 1-4, s. 199.

yeniden 1961 sistemine ve demokratik ülke standartlarına uygun geri dönüşün yolu böylece açılmıştır.³⁹³

3.3.2.2.2 *Sınırlamanın, öngörüldüğü amaç dışında kullanılmayacağı*

Temel hak ve özgürlükler ile ilgili genel ve özel sınırlama sebeplerinin “öngörüldüğü amaç dışında kullanılmayacağı” düzenlemesi, Anayasanın özgün 13. madde içeriğinde hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile herhangi bir temel hak ve özgürlüğe hangi amaç dâhilinde sınırlama getirilmiş ise o amaçtan başka bir amaç için sınırlamanın yapılamayacağı ifade edilmiştir. Dolayısı ile bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması, genel sınırlandırma sebeplerinden sadece kamu ahlakı için uygun görülmüş ise, o hak ve özgürlük için sınırlama sadece kamu ahlakının sağlanması amacıyla yapılabilecek onun haricinde başka bir amaç için sınırlamanın yapılması mümkün olamayacaktır. O halde bahse konu bu ilkenin, sınırlamanın amaç dışına kaymasını önlemek için yapıldığı veya yararlı olduğu düşüncesinin hâkim olduğu söylenebilir.³⁹⁴

Gerçekten de ‘sınırlamanın, öngörüldüğü amaç dışında kullanılmayacağı’ ilkesi esasında hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını oluşturan önemli güvencelerden biri olmuştur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi sadece öngörüldüğü amaç için bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması Anayasada uygun görülmüştür. 1982 Anayasası’nın özgün halinde yer alan genel ve özel sınırlandırma nedenlerinin oldukça çok olmasına rağmen, ilkenin bu çokluğun yorumlama yöntemi ile artmasına bir sınır çizdiği Gözler ve Hakyemez tarafından da ifade edilmiştir.³⁹⁵

Ancak genel veya özel sınırlandırma nedenlerinden bir kısmının soyut ve geniş olması nedeni ile sınırlamada öngörülen amacın farklılık arz edebileceği de açıkça ortadadır. Örneğin genel sınırlandırma sebeplerinden ‘genel ahlak’ amacıyla yapılacak bir sınırlandırmada, toplumun manevi yönüne ilişkin olan ahlak, toplumdaki topluma değişen bir olgu olacak, hatta aynı toplumun üyeleri arasında bile farklı ahlak anlayışları

³⁹³ N. KAYAR, age., s. 396.

³⁹⁴ C. EROĞUL, age., s. 324.

³⁹⁵ **Bkz.** K. GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından...,s. 66 ; K. GÖZLER, 1982 Anayasasının Temel Hak ve...,www.anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm, [07.01.2011]. ; Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1306 vd.

var olabilecektir.³⁹⁶ Böyle bir durumda sınırlamada öngörülen amaç ne olacaktır? Bu durumda belli bir amaç ile yapılan sınırlama, genel ahlakın geniş ve soyut bir kavram olması nedeni ile haddini oldukça aşmış olmayacak mıdır?

Dolayısıyla “sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılamayacağı” ilkesi genel sınırlandırma nedenlerini amaçsal anlamda kısıtlamaya tabi tutsa da, söz konusu genel sınırlandırma nedenlerinden bazılarının soyut ve geniş olması, onun bu amaca hizmet etmesini etkisizleştirmiştir. Zaten devletin ahlak alanına müdahale etmesi ve belli bir ahlaki sistemi dayatması hem demokrasiye hem de insan onuruna yakışmayan bir durumdur.³⁹⁷ O yüzden ahlak gibi geniş ve soyut bir kavramın genel sınırlandırma nedenlerinin içerisinde yer alması da ayrıca tartışılması gereken yanlış bir uygulama olmuştur.

Sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaması ilkesi, temel hak ve özgürlüklerde genel ve özel sınırlandırma nedenlerindeki çokluğun, yorumlama yöntemi ile artmasının önüne geçmek amacıyla düzenlenmişse de; bu düzenleme, genel ve özel sınırlandırma nedenlerinin içerisinde yer alan geniş ve soyut sınırlandırma sebepleri için bir anlam ifade etmemiştir. Çünkü geniş ve soyut olan sınırlandırma nedenleri yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kişiden kişiye değişebileceğinden, sınırlandırmadaki amaç da farklılık arz edecek ve birden fazla amaç için hak ve özgürlüğün sınırlandırılması söz konusu olacaktır.

Ayrıca konuyla ilgili olarak AİHS’ne bakacak olursak; sözleşmenin 18. maddesinde ‘sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılamayacağı’ ilkesinin var olmasına rağmen, 2001 yılında yapılan Anayasal değişiklikle, 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde bu ilkenin yer bulamayışının bir eksikliğe neden olduğu da söylenebilir. Çünkü hem AB müktesebatına uyum adı altında bu Anayasa değişikliğine gidildiğinin gerekçede açıklanması, hem de bunun aslında tam olarak yerine getirilmemesi aslında bir çelişkiyi doğurmuştur. Eğer ki referans olarak AİHS alınıyor ise, Anayasanın uyumlaştırılması anlamında bu ilkenin de alınması gerekmez miydi?

³⁹⁶ N. BULUT, Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırma Nedeni Olarak Genel Ahlak, 2000, C. 4, S. 1-2, Yıl: 2008 s. 33 vd.

³⁹⁷ N. BULUT, Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırma..., s. 34.

Kanaatimizce öngörülen amaç açık ve net olduğu takdirde, yani ilkenin atf yaptığı genel ve özel sınırlama sebeplerinin(yeni düzenlemeye göre) geniş anlamlara gelecek biçimde yasa koyucu tarafından yorumlanamayacağı bir düzenlemenin varlığı halinde, temel hak ve özgürlükler için bu ilke de sağlam bir güvence oluşturabilirdi.

Tüm bu konu başlıkları birkaç paragraf ile değerlendirilmek istenirse; temel hak ve özgürlüklerin, usulüne göre, iyi niyetli ve amacına uygun olarak sınırlanması, zaten çağdaş demokrasi kültürünün varlığını gösterir.³⁹⁸ O yüzden Anayasa yapıcılar hak ve özgürlükler ile ilgili olarak yapacakları tüm düzenlemelerde çağdaş demokrasi kültürünün gereklerini Anayasal düzenlemelere yansıtmalı, her sınırlama nedeninin Anayasada öngörülen ve net olan amaçlarla kullanılmasını sağlayan metinler kaleme almalıdırlar. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin sadece Anayasalarda düzenlenmesi ve güvence altına alınması yeterli olmamakla birlikte uygulamada da hakkın gerçekleştirilmesine yönelik çabalar sarf edilmelidir.³⁹⁹

Temel hak ve özgürlüklerin sadece Anayasalarda, sözleşmelerde ve bölgesel birleşmelerin meydana getirdiği temel belgelerde yer alması bir başına güvence sağlamamaktadır. Aynı zamanda hak arama yollarının sayısını artırıp etkinleştirmek ve bireyin herhangi bir temel hak ve özgürlüğe ulaşmasının kolaylaştırılması gerekmektedir.⁴⁰⁰

Bireysel başvuru hakkının kabul edilmesi(Anayasa Mahkemesine), kamu denetçisine başvurma(Ombudsman), yargı yolu kapalı olan bazı işlemler (YAŞ ve HSYK kararları, Cumhurbaşkanının tek başına yapabildiği işlemler) gibi vb. hakların önündeki hak arama özgürlüğüne dokunan yasaların kaldırılması; bireyin temel hak ve özgürlüğünü arama yollarının sayısını artıracak ve temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde kullanımını sağlayacaktır.⁴⁰¹

Böylece temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınma meselesi sadece Anayasal düzenlemelerde veya sözleşmelerde veyahut bölgesel birleşmelerin meydana getirdiği temel belgeler içerisinde yer almayacak, uygulamada da, hak ve özgürlüğün ihlali

³⁹⁸ H. T. FENDOĞLU, agm., s. 136.

³⁹⁹ İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

⁴⁰⁰ İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

durumunda hak arama yolları devreye girerek, bireyin temel hak ve özgürlüğünün gerçekleşmesine yönelik etkinliği artacaktır.

Gerek temel hak ve özgürlüklerin Anayasal teminatlarla güvenceye alınması, gerekse de hak ve özgürlüklerin kullanımına sürüldüğü bireyin daha etkin olması için hak arama yollarının devreye sokulması, çağdaş demokrasilerde olması gereken en önemli teminatlar zinciridir. Zaten hukuk devletini madde metinlerinde vurgulayan her Anayasanın da bu teminatları bünyesinde barındırması gerekir.

Temel hak ve özgürlükleri güvenceleyen bu teminatların tümü, yani temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasının sınırı olarak kabul edilen ilkelerin hepsi, koruma mekanizmasının dış çemberini oluşturur. O halde her temel hak ve özgürlüğü koruyan bir dış çember var ise demek ki o hak ve özgürlüğün temelini oluşturan bir de merkezin olması gerekir. İşte bu noktada temel hak ve özgürlüklerin merkezini “hakkın özü” belirler. O nedenle Anayasalar hiçbir suretle de bir temel hak ve özgürlüğün özüne helal getirilmesini istemez ve bunu Anayasal metinlerle de güvenceleme yoluna gitmek isterler. Zaten bir sonraki bölümümüzde de hakkın özü ilkesinin doğuşu ve uygulamaları ile ilgili bilgiler verilerek konu daha detaylı işlenmeye çalışılacaktır.

4. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖZÜ VE YENİ ANAYASA ÖNERİLERİ

4.1 HAKKIN ÖZÜ KAVRAMININ DOĞUŞU VE 1982 ANAYASASININ 13. MADDESİNE YANSIMASI

Türk Anayasa hukukunda hakkın özü kavramının doğuşu 1961 Anayasası ile başlamıştır. 1961 Anayasası'na bakıldığında Anayasa yapıcılar, 11. madde içeriğinde bulunan 'hakkın özü' kavramını, "Bonn Anayasasının 19. maddesinin 2. fıkrasından alarak",⁴⁰² ilk kez Türk Anayasal metinler arasına girmesini sağlamışlardır.

1961 Anayasası'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hak ve özgürlüklerin özüne dokunma yasağı, 2001 değişikliği ile birlikte eksikliği fark edilerek, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yeniden düzenlenmesi uygun görülmüştür. Değişiklik ile birlikte 13. Maddeye eklenen öze dokunma yasağı ya da öze dokunmama güvencesi, 20 yıl kadar süreyle gerek öğreti gerekse de Anayasa Mahkemesi içtihatları tarafından eksikliği dile getirilen ve yeniden savunulan bir güvencenin artık ihyası anlamına gelmiştir.⁴⁰³

Sil baştan yeni bir Anayasa yapımı ve tartışmalarının sürdüğü şu dönemde ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine yönelik olarak sivil toplum ve düşünce kuruluşları tarafından yeni Anayasa önerileri ortaya konmuştur. Yapılan Anayasa önerileri ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine yönelik olarak yeni Anayasadan beklentiler bu çalışmalarda dile getirilmiştir.

4.1.1 Federal Alman Anayasası'nın 19/2. Maddesi

1961 Anayasası'nın 11. maddesindeki "hakkın özü" ölçütünün, Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrasından alındığını ve 1982 Anayasası'ndaki 2001 düzenlemesi ile tekrar Türk Anayasa hukukunda kullanılmaya başlandığını dile getirmiştik. Gerçekten

⁴⁰² F. SAĞLAM, age., s. 144

⁴⁰³ B. TANÖR – N. YÜZBAŞIOĞLU, age., s. 143

de “hakkın özü” ilkesi, Türk Anayasa hukukunda 1961 Anayasası’yla ilk kez hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak kullanılmaya başlanmışsa da, bu kavramın kaynağı Alman Anayasası’nın 19/2. maddesi olmuştur.

Temel hak ve özgürlükler iktidarlar tarafından düzenlenirken, kamu yararı veya milli güvenlik gibi nedenlerle de olsa yok edildikleri görülmüştür.⁴⁰⁴ O yüzden Alman Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesini genel bir sınırlandırma nedenleri ile çözmeyi düşünerek kolaycılığa kaçmamış, ayrı ayrı birbirinden farklılaşmış ve kademelenmiş kayıtlarla düzenleme yoluna gitmiştir.⁴⁰⁵ Ayrıca iktidarın temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak eylemlerine yönelik olarak “hakkın özü” ölçütü düzenlenerek Alm. Anayasası içerisinde var olması sağlanmıştır. Tüm bu gelişmiş düzenlemeler sayesinde, devlet otoritesini kullanan iktidarlarca sınırlandırılma nedenlerine göre yok edilebilen temel hak ve özgürlükler, - Anayasaların veya iktidarların meşru olarak saydığı nedenlerle de olsa - artık temel hak ve özgürlüklerin özüne hiçbir zaman dokunamayacak duruma gelmiştir.

En yeni teorilere göre her temel hak ve özgürlüğün <<kuramsal>> bir muhtevaya, başka bir deyişle tipik bir temel öze sahip olduğu ve bu muhtevanın da temel hakkın özü (mahiyetini belirleyen muhtevası) yani <<çekirdeği>> ile özdeş olduğu kabul edilmiştir.⁴⁰⁶ Bu teorilere istinaden hakkın özü kavramının Alman Anayasa hukuku terminolojisine girmesi ile birlikte, Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında hakkın özüne yönelik bir düzenleme uygun görülmüştür.⁴⁰⁷ Bonn Anayasası’nın 19/2. maddesinde geçen bu düzenlemeye göre, hak ve özgürlüklerin çekirdek alanına kanunun hiçbir zaman dokunamayacağı altı çizilmiştir.

Alm. AY’nın 19 maddesinin 2. fıkrası “*Hiçbir halde bir temel hakkın özüne dokunulamaz*” şeklinde kaleme alınmıştır. Anayasada yer alan hakkın özü kavramının bu cümle yapısına bakıldığında kesin ve sade formüle edildiği göze çarpacaktır. Çünkü her ne kadar Bonn Anayasası’nda hakkın özü kavramı ile ilgili olarak edilgen bir yapı

⁴⁰⁴ O. ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 1982, 4. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 198.

⁴⁰⁵ O. K. KANADOĞLU, age., s. 7.

⁴⁰⁶ P. LERCHE, Alman Anayasa Hukukunun Sorunları, İ. YAZMAN(çev.), AÜHFD., C. 28, S. 1, Yıl: 1971, s. 205 - 220.

⁴⁰⁷ T. T. YÜCE, Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları, No: 351, 1974, Ankara, s. 640 vd. ; F. SAĞLAM, age., s. 143.

kullanılmışsa da, “hiçbir suretle dokunulamaz” ifadesi daha kesin bir tonda kaleme alındığını göstermiştir.⁴⁰⁸ Dolayısıyla 19. madenin 2. fıkrasında geçen bu düzenleme biçimine göre, toplantı özgürlüğünün özü (Bonn AY m.8); bütün toplantılarda belirli bazı siyasi konuların tartışılmasının yasak edilmesi halinde veya bilim özgürlüğünün özü (Bonn AY. m. 5/3); devletin üniversitelerin özerkliğini mutlak olarak kaldırması halinde ihlal edileceği şeklinde ki örneklerle çeşitlendirmek mümkün olabilecektir.⁴⁰⁹

Yukarıda da görüldüğü gibi hakkın özü kavramı Alman Anayasası’nda düzenleme bulmuştur fakat Türk öğretisinde olduğu gibi Alman eserlerinde de açık bir izahı, bir tanımlaması olmamıştır.⁴¹⁰ Aslında gerek Türk gerekse de Alman öğretisinin bu konuda Türk ve Alman AYM’lerini yalnız bırakmayıp yardımcı olarak hakkın özü kavramını geliştirmeleri gerekirdi. Ama nedense kavramın dünya hukuk literatüründe gelişmesini sağlayan Alman veya Türk öğretileri değil AYM’leri, ki özellikle de Türk AYM’si olmuştur.

Alman Anayasa Mahkemesi hakkın özü ölçütünün tanımlanması noktasında Türk AYM’si gibi aktif bir rol almamıştır. Alman öğretisinin de bu tanımlama konusunda çoklu bir çalışma yapmaması, içeriksiz ve soyut olan bir hakkın özü kavramının doğmasına neden olmuştur. Zaten hakkın özü kavramının geliştirilmemesinin diğer önemli nedenlerinden biri; Alm. AYM’nin hakkın özü ihlalini ele almayıp, özden önce ölçülülük ilkesine göre denetim yapması olmuştur.

Örneğin Alm. AYM bir içtihadında, Anayasanın hiçbir hükmünde görülmedik bir şekilde Anayasanın lafzından tamamen ayrılarak, mesleğin icrasının yasa koyucu tarafından sınırlanmasının ancak iki şekilde olabileceğini, -“hakkın özü” ilkesine girmeden- ölçülülük ilkesine göre değerlendirmiştir.⁴¹¹ Bu değerlendirmeye göre sınırlayıcı kanunun;

- i. kamunun çok önemli çıkarlarına hizmet etmesi gerektiği,
- ii. elverişli yollar içerisinde vatandaşa en az yük yükleyen yolu seçmesi; başka bir deyişle en ılımlı yoldan gitmesi gerektiği

⁴⁰⁸ F. SAĞLAM, age., s. 143.

⁴⁰⁹ Örnekler için bkz. P. LERCHE, agm., İ. YAZMAN(çev.), s. 205 - 220.

⁴¹⁰ T. T. YÜCE, age., s. 641.

⁴¹¹ P. LERCHE, agm., İ. YAZMAN(çev.), s. 205 - 220.

şeklinde olabileceği Alm. AYM tarafından vurgulanarak, ölçülük ilkesine ne kadar değer verdiğini ortaya koymuştur.⁴¹²

Alm. AYM temel hak ve özgürlük ihlallerini genelde bu ilkeye (veya keyfilik yasağı, belirginlik ilkesi gibi diğer hukuk devleti ilkelerine) vurgu yaparak söz konusu yasanın iptalini gerekçe göstermektedir.⁴¹³ Aslında ölçülülük ilkesinin gelişimine bu vb. kararlarla Alm. AYM'nin ne derecede katkı sağladığı, konuyla ilgili yapılacak ayrı bir çalışma ile detaylı görülebilecektir. Ancak konumuzun hakkın özü ilkesi olmasından dolayı, Alm. AYM'nin hakkın özüne girmeden genelde ölçülülük ilkesini yoğun olarak ele aldığını bilmemiz yeterli olacaktır.

Elbette ki Türk AYM'si kararları açısından bu ilkenin yoğun bir şekilde kullanım alanı bulunmasa da, yine de mahkeme kararlarında önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir. Şöyle ki mahkeme ölçülülük ilkesini kararlarında kullanmasına rağmen hakkın özü ilkesini daha çok kararlarında –Alm. AYM'ye göre daha cömertçe davranarak- yoğun bir şekilde işlemiş ve öz kavramının gelişmesine hatırı sayılır bir katkısı olmuştur.⁴¹⁴ Keza bir temel hak ve özgürlüğün özünün ihlalinin önceki alanda yapmış olduğu ölçülülük denetimleri ile ilgili de AYM'nin kararlarını görmek zaten mümkündür.⁴¹⁵ O yüzden AYM temel hak ve özgürlükler ile ilgili bir yandan ölçülülük denetimi yaparken diğer yandan da hakkın özünün ihlalinin söz konusu olup olmadığını kararlarında ortaya koymaya çalıştığını söyleyebiliriz.

4.1.2 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi Ve “Çekirdek Alan”

Temel hak ve özgürlüklerde her sınırlama hakkın özüne doğru yönelmişse de, bu sınırlamaların hakkın özüne dokunması hiçbir zaman uygun görülmemiştir.⁴¹⁶ O yüzden “hakkın özü” ilkesi gibi bir temel hak ve özgürlüğü mutlak olarak korumayı nispi olarak koruyabilen ilkelerle de, özün güvencelemesi amacıyla sarmalanması daha uygun görülmüştür. Anayasada temel hak ve özgürlükleri güvenceleyen bu ilkelerin

⁴¹² **Bkz.** P. LERCHE, agm., İ. YAZMAN(çev.), s. 205 - 220.

⁴¹³ F. SAĞLAM, age., s. 144.

⁴¹⁴ İlgili Kararlar için **bkz.** F. SAĞLAM, age., s. 145 dipnot: 14.

⁴¹⁵ İlgili Kararlar için **bkz.** F. SAĞLAM, age., s. 145 dipnot: 16.

⁴¹⁶ E. ÖRÜCÜ, agm., s. 145-161.

görevi, belirli bir yasal çerçeve içerisinde, söz konusu hak ve özgürlüğün sınırlanmasına izin vermesi şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide ve mahkeme kararlarında hakkın özüne dokunmama ölçütü ise; ilgili hakkı sınırlandırmamanın, o hakkı anlamsız kılacak dereceye varmamasını ifade eden bir tanım olarak kabul edilmiştir.⁴¹⁷ Tüm bu anlatımlar sonucunda 1982 Anayasasının 13. maddesinde mutlak dokunulmaz çekirdek alan olarak hakkın özü ölçütü mevcut kılınır iken, hakkın özüne göre nispi güvenceleyen ölçütlerle de özün sarmalanması uygun bulunmuştur. Özü sarmalamış güvence yumağından oluşan ilkeler, yasa koyucuya yönelmiş kesin yasaklar ve uyması zorunlu kurallar niteliğinde olmuştur. Böylece temel hak ve özgürlükler, mutlak dokunulmaz öz ve özü sarmalamış bir güvence yumağından oluşan ilkelerle Anayasasının 13. maddesinde şekillendirilmiştir.

Öğretide öze dokunma yasağı ile ilgili olarak iki teorinin varlığı uygun görülmüştür. Bunlar öze dokunma yasağını somut bir olaydan bağımsız olarak yorumlayan “Mutlak Öz Teorisi” ile her somut olay için öz kavramını ayrı ayrı belirleyen ve birey-devlet dengesini ön planda tutan “Nisbi Öz Teorisi”dir.⁴¹⁸ Nisbi Öz Teorisinin yapısını, amaç ile araç arasındaki değişkenlerin ilişkisi oluşturmuştur.⁴¹⁹ Bununla birlikte temel hakkın çekirdek alanını, esaslı cevherini veya asgari içeriğini Mutlak Öz Teorisi ifade etmiş, oysa neyin dokunulmaz olarak kalması gerekeceği bugüne kadar netlik de kazanmamıştır.⁴²⁰

1982 Anayasası’nın da benimsemiş olduğu teoriye göre “hakkın özü” ölçütü, her bir hak ve özgürlük için ayrı ayrı tanımlanarak her olayın somut şartları içerisinde ayrı ayrı araştırılması gerektiği şeklinde öğretilde dile getirilmiştir.⁴²¹ Keza AYM’sinin 1963 tarihli bir kararında “*bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derecede zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması*

⁴¹⁷ İ. KÖKÜSARI, agm., s. 163 - 208.

⁴¹⁸ **Bkz.** H. T. FENDOĞLU, agm., s. 130 ; N. AYDIN, age., s. 116 vd. ; Z. GÖREN, age., s. 374 ; Z. G. BAKIR, age., s. 67. Z. GÖREN, Temel Hak..., s. 107.

⁴¹⁹ A. ATAKAN, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırlarını Oluşturan Ölçütler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, İstanbul, s. 340.

⁴²⁰ Z. GÖREN, age., s. 374 ; Z. G. BAKIR, age., s. 67.

⁴²¹ N. AYDIN, age., s. 117 ; A. ATAKAN, agt., s. 341.

*halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir*⁴²² şeklindeki hükmü, AYM'nin mutlak öz teorisini benimsediğini bize göstermiştir.

Anayasa koyucunun “öz” ölçütüne 1982 Anayasası'nda yer vermemesinin nedeni, 1982 Anayasası'nın temel hakları sınırlamada öngördüğü rejimle “öz” ölçütünün uyuşmadığı kanaatinden kaynaklanmıştır.⁴²³ Fakat 2001 yılında 13. maddenin içeriğinin değişmesi ile birlikte “hakkın özü” kavramı; “*temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” şeklinde yeniden düzenlenerek bu kanaatten dönülmüştür.

Bu Anayasal metin; temel hak ve özgürlüklerin Anayasada sayılan nedenler dışında sınırlanamayacağını ve bu nedenlerle de olsa o temel hak ve özgürlüğün özüne hiçbir suretle dokunulamayacağını güvenceleyen bir düzenleme olmuştur. Bu düzenleme ile her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi veren, artık daha fazla sınırlama yapılmasını olanaksız kılan, mutlak bir bölüm veya mutlak bir çekirdek alan ortaya çıkmıştır.⁴²⁴ 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde, “hakkın özü” kavramının yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasada belirtilen koşullarla sınırlanabileceğinin belirtilmesi sayesinde de, sınırlamanın sınırlarını güçlendirmeye çalışmıştır.⁴²⁵

13. maddenin içeriğinde yer alan “*özlerine dokunulmaksızın*” ifadesi, kesinlik belirtir biçimde kaleme alınarak, bu konuyla ilgili olan beklentiler karşılanmak istenmiştir. 2001 Anayasa değişikliği ile yeniden düzenlenen 1982 Anayasası, 13. maddenin 1. fıkrası ile temel hakların özünü genel olarak güvence altına almakla yetinmemiş, birçok temel hak açısından getirdiği ek güvencelerle o hak için dokunulmaz alanlar yaratarak, hakkın özü kavramına yer yer pozitif bir içerik kazandırma ihtiyacını ortaya koymuştur.⁴²⁶

Anayasanın 13. madde metni tartışmalarında; “hakkın özü” kavramı tarifinin mümkün olmamasıyla birlikte her temel hak için ayrı bir özün söz konusu olduğu noktası,

⁴²² E. 1963/25, K. 1963/87, KT : 08.04.1963, AYMKD., S.1, s. 228.

⁴²³ A. EREN, age., s. 103.

⁴²⁴ N. KAYAR, age., s. 385.

⁴²⁵ H. T. FENDOĞLU, agm., s. 125.

⁴²⁶ F. SAĞLAM, age., s. 159.

özellikle tartışmalarda vurgulanma ihtiyacı hissedilmiştir.⁴²⁷ 2001 değişikliği ile birlikte de “hakkın özü” kavramı belirginleştirilmemiş, özgürlüklerin özü de henüz özü bilinmeyen bir kavram olarak kalmıştır.⁴²⁸ AYM’sinin süregelen kararlarındaki “hakkın özü” tanımlamalarıyla yetinilmiş ve AYM’nin yerinde kararlarıyla gelişen hakkın özü kavramı, üzerinde durulması gereken ve önemini yitirmeyen bir ilke olarak hep karşımıza çıkmıştır.

Klasikleşen tanımıyla “hakkın özü”, bir hak ya da özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı olan sınırlamalar öze dokunmuş sayılır şekilde yaygın olarak kabul görmüştür.⁴²⁹ Bu tanımlamaya göre amaca uygun, kamu yararıyla haklı kılınmış, akılcı, ölçüsü dengeli her sınırlama temel hak ve özgürlüklerin özüne saygılı bir sınırlama olacaktır.⁴³⁰

4.2 HAKKIN ÖZÜ GÜVENCESİNE İLİŞKİN YARGISAL İÇTİHATLAR

Kelsen’in kurucusu olduğu Avusturya Anayasa Yargısı modeline dayanılarak 2. Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa ülkelerinin hemen hepsinde, Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur.⁴³¹ Anayasa Mahkemeleri, devlet otoritesini elinde bulunduran yürütmenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerinden zarar gören veya görebilecek olan gerçek veya tüzel kişilerin itirazlarını yaptığı son mercilerden birisi olmuştur. Bu itirazların yanı sıra soyut ve muğlak olan Anayasal metinler ile ilgili verdikleri kararlarda da, hukuk literatürüne öğretinin de desteği ile bazı kazanımlar sağlamışlardır.

Anayasa hukukunda “hakkın özü” olarak ifade edilen hak ve özgürlük güvencesinin ilk Almanya’da doğması ve ülkemizde de bu güvencenin Anayasada yer bulması, bazı tartışmalara yol açmıştır. Tartışmaların konusunu, hak ve özgürlüğün özünü oluşturan yani dokunulmaz alan olarak kabul edilen durumun ne olduğu sorusu olmuştur. Çünkü

⁴²⁷ F. SAĞLAM, age., s. 169 vd. ; K. ÖZTÜRK, age., s. 1253.

⁴²⁸ Z. TUNAYA, age., s.222.

⁴²⁹ B. TANÖR – N. YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku -2001 Anayasa Değişikliklerine Göre-, 5. Baskı, Mart 2004, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 153.

⁴³⁰ R. SEROZAN, Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, 1982, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 251.

⁴³¹ R. MACHACEK, Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı, AYD., Yıl: 1992, C. 9, s. 49.

kanun koyucunun öze dokunmamak için ne yapması gerektiği konusunda, Anayasalar kendi metinlerinde hakkın özü kavramına açıklama getirmemişlerdir.⁴³² İşte bu noktada her iki ülkede de, -gerek ülkemizde gerekse de Almanya’da- “hakkın özü” kavramının soyut oluşundan dolayı bu ilkeyi somutlaştırma görevi Anayasa Mahkemelerine düşmüştür.

4.2.1 Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını oluşturan “hakkın özü” ölçütü her ne kadar Federal Almanya’da doğmuş olsa da, Alm. AYM tarafından fazla bir uygulama alanı bulamamıştır. Çünkü Federal Alman Anayasa Mahkemesi, “öz” kavramına inmeden önce yapmış olduğu ölçülülük (orantılılık) denetimiyle hak ve özgürlükleri korumayı amaçlamıştır.⁴³³

Her ne kadar ölçülülük ilkesini yoğun olarak kararlarında işlese de, her temel hak ve özgürlüğü kendine özgü özelliklerine uygun bir şekilde ayrı ayrı ele alarak, o temel hak ve özgürlük için “hakkın özü” kavramını tanımlamaya çalışmıştır.⁴³⁴ Kararlarında herhangi bir yasal sınırlama yapılırken dahi temel hak ve özgürlük çekirdeğinin çevresine değmeme zorunluluğunu, öze dokunmama güvencesi olarak kabul etmiştir.⁴³⁵

Hakkın özünü korumaya yönelik olarak -öz ihlalinin derinliğine inmeden- “*ceninin yaşamının korunmasının önceliği*” düşüncesini güçlendirmek için kürtaj ile ilgili Alm. AYM bir karar vermiştir.⁴³⁶ Bu kararında devletin doğmamış canlıyı koruma yükümlülüğü olduğunu⁴³⁷ ve bu nedenle de söz konusu kürtaj ile ilgili yasal düzenlemeyi hakkın özüne dokunduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Mahkemeye göre Anayasa doğmamış yaşama karşı gerçekleştirilebilecek saldırıları yasaklamakla kalmamış, destekleyici ve koruyucu olarak da yaşamın yanında olma ve üçüncü kişilerin müdahalesinden koruma görevini devlete vermiştir.⁴³⁸

⁴³² N. KAYAR, age., s. 384.

⁴³³ E. MEMİŞ, age., s. 194 ; F. SAĞLAM, age., s. 144.

⁴³⁴ E. MEMİŞ, age., s. 195.

⁴³⁵ N. KAYAR, age., s. 386.

⁴³⁶ O. K. age., s. 127.

⁴³⁷ O. K. age., s. 74.

⁴³⁸ O. K. age., s. 74.

Alm. AYM süreklilik haline getirmiş olduğu ve özün ihlaline neden olduğu şeklinde kararlar verdiği içtihatlarından⁴³⁹ bir tanesi de, dernek kurma özgürlüğünü ortaya koyan Anayasal düzenleme olmuştur. Mahkemeye göre derneklerin yetkilerini ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek dernek kurma özgürlüğünün etkinliğini belirlemek, yasama organına verilmiştir ve yasama organının yapacağı sınırlamaların da, Anayasanın koruma altına aldığı çekirdek alana dokunmayacak bir biçimde yerine getirilmesi gerekir şeklinde bir tespitte bulunmuştur.⁴⁴⁰ Dolayısıyla bu tespitte uygun olmayan yasal düzenlemelerin, hakkın özünü ihlal ettiği şeklindeki bir gerekçeyle iptal edilmesi Alm. AYM'ne göre söz konusu olabilecektir.

Bir Kanunun Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın(Alm. AY.). 19/2 maddesini bizzat ve doğrudan doğruya, temel hakkın özüne dokunur tarzda sınırladığı zaman değil, bu sınırlamalar için icra organlarını yetkilendirdiği zamanda bile aykırı olabileceği Alm. AYM tarafından yine ayrı bir kararda hüküm altına almıştır.⁴⁴¹

Alm. AY.'da yer alan "hakkın özü" kavramının bizdeki gibi somut olmayışı, dolayısıyla neyi içerdiği veya hangi tanımlamaya denk geldiği Alman öğretisinde tartışmalara neden olmuştur.⁴⁴² Fakat bu tartışmalar, yine bizde olduğu gibi, Alman öğretisinde de hakkın özü kavramına olumlu katkılar sağlayacak bir şekilde son bulmamıştır. Alm. AYM ise bu tartışmalara; bir temel hakkın özüne dokunmayı haklı gösterecek hiç bir hukuki değer olmadığını vurgulayıp, "hakkın özü" kavramını her temel hak içinde ve temel hakkın genel sistemi içindeki özel öneminin irdelenmesi ile öğrenilebileceğini dile getirerek yanıt vermek istemiştir.⁴⁴³

Alm. AYM'ye göre kamunun ağır basan menfaatleri dahi, bireyin özel yaşamında yer alan ve mutlak olarak korunan çekirdek alana müdahaleyi haklı göstermemiştir.⁴⁴⁴ Kişi özgürlüğünü ilgilendiren bir kararında;⁴⁴⁵ kanunların, bireyin düşünsel – siyasal ve

⁴³⁹ O. K. age., s. 135.

⁴⁴⁰ O. K. age., s. 135 (BVerfGE 50, 290, 368).

⁴⁴¹ S. YÖRÜK, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin GG. 19.si İle İlgili Kararları, <http://profservetarmagan.blogcu.com/F+ALMANYA+ANAYASA+MAHKEMESI+KARARI>, [19.01.2011].

⁴⁴² **Bkz.** Z. GÖREN, agm., 52 vd. ; Z. GÖREN, age., s. 374 vd. ; S. YÖRÜK, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin ..., <http://profservetarmagan.blogcu.com/F+ALMANYA+ANAYASA+MAHKEMESI+KARARI>, [19.01.2011].

⁴⁴³ F. SAĞLAM, age., s. 164 (BVerfGE 22, s. 180).

⁴⁴⁴ A. ATAKAN, agt., s. 341.

⁴⁴⁵ Karar için **bkz.** F. SAĞLAM, age., s. 147.

ekonomik özgürlüğünü öze dokunacak ölçüde sınırlayamayacağını, her yurttaş için özel yaşamını şekillendirecek bir alanın Anayasa tarafından saklı tutulduğunu ve bu dokunulmaz olan alanın kamu gücünün her türlü müdahalesinden korunduğunu beyan etmiştir.

Federal İdare Mahkemesi(Alm. İd. Mhk.) de hakkın özü konusuna eğilerek, bir temel hakkın özüne dokunma meselesini, dokunmanın amacına ve sebebine göre değil, o temel haktan geriye ne kaldığına bakılarak o olaya yaklaşıp tespitinin yapılması gerektiğini dile getirmiştir.⁴⁴⁶ Alm. İd. Mhk.’nin bu öz güvencesi yaklaşımını basit olarak gören Sağlam, bir eliyle verdiğini diğer eliyle aldığından dolayı mahkemeyi eleştirme ihtiyacı hissetmiştir.

Sağlam, Alm. İd. Mhk.’nin birçok kararında sınırlamanın bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunduğunu tespit ettikten sonra ‘bir temel hakka dayanmakla toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşecekse buna cevaz verilmemesi’ gerektiği şeklindeki değerlendirmelerini yanlış bulmuştur.⁴⁴⁷

Toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerleri, özgürlüklerin sınırı olarak gören ve 1950’lerden itibaren Alm. İd. Mhk.’si tarafından kullanılan bu sınırlama anlayışı, 1971 yılında Alm. AYM tarafından reddedilmiştir.⁴⁴⁸ Alm. İd. Mhk.’sinin hakkın özüne yönelik olarak ortaya attığı sınırlama görüşünden geriye kalan ve hâlâ Alman hukukunda geçerli olan açık bir sınırlama kaydı içermese de her temel hak ve özgürlüğün sınırsız olamayacağı düşüncesi olmuştur.⁴⁴⁹

Federal Temyiz Mahkemesi(Alm. Tem. Mhk.) de hakkın özü ölçütünü değerlendirirken, özü ölçülülük ilkesiyle harmanlamıştır.⁴⁵⁰ Mahkeme sınırlamanın etkisine ve ağırlığına bakmayıp yapılacak olan sınırlamanın gerekliliğini, ölçülülüğünü hakkın özü ilkesi için

⁴⁴⁶ S. YÖRÜK, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin ..., <http://profservetarmagan.blogcu.com/F+ALMANYA+ANAYASA+MAHKEMESI+KARARI>, [19.01.2011] ; F. SAĞLAM, age., s. 163.

⁴⁴⁷ Federal İdare Mahkemesinin görüşü için **bkz.** F. SAĞLAM, age., s. 163.

⁴⁴⁸ O. K. KANADOĞLU, age., s. 5 vd.

⁴⁴⁹ O. K. KANADOĞLU, age., s. 6.

⁴⁵⁰ Federal Temyiz Mahkemesinin görüşü için **bkz.** F. SAĞLAM, age., s. 161 vd.

göz önünde bulundurmuş, dolayısıyla amaç ile araç arasındaki orantıya göre bir değerlendirme yapma yoluna gitmiştir.⁴⁵¹

Daha önceki konularımızda da temas ettiğimiz gibi ölçülülük ilkesinin alt başlığını oluşturan unsurların mevcudiyeti halinde sınırlamaların uygun olduğunu vurgulamıştık. Bu yüzden -Sağlam'ın da eleştirdiği noktada- Alm. Tem. Mhk.'sinin bu görüşüne göre ölçülülük ilkesinin varlığı durumunda, herhangi bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmak meşru hale gelmiştir.⁴⁵² O halde ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından birine uygun olmayan bir durumun mevcudiyeti halinde, mahkemeye göre söz konusu düzenleme hakkın özünü ihlal etmiş olacaktır.

Alm. İd. Mhk.'nin ve Alm. Tem. Mhk.'nin kendilerince haklı bu görüşlerine Alm. AYM karşı çıkmıştır.⁴⁵³ Alm. AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin çekirdek alanı ile ilgili olarak yukarıda ifade etmiş olduğumuz paragraflar incelendiğinde, mutlak dokunulmaz alan olarak hakkın özünü ölçüt olarak aldığı görülecektir. O yüzden ölçülülük ilkesiyle harmanlama yapan Alm. Tem. Mhk.'sinin görüşü ile bir eliyle aldığını diğer eliyle veren ve sınırlamadan sonra o temel hak ve özgürlükte ne kaldığını inceleyen Alm. İd. Mhk.'nin görüşünü reddetmesi normal karşılanmalıdır.

Aslında gerek Alm. İd. Mhk. olsun gerekse de Alm. Tem. Mhk. olsun her iki mahkeme de, dokunulmaz bir özün tespitini yapmak yerine kolaycılığa kaçarak alternatif karar verme yolunu seçmişlerdir. Çünkü amaç ile araç ilişkisinin denetimi ile sınırlamadan sonra temel hak ve özgürlükten geriye ne kaldığını tespiti, dokunulmaz bir özün çözüme kavuşturulmasından daha kolay gibi gözükmektedir.⁴⁵⁴

Görüldüğü gibi Alman Hukukunda hak ve özgürlüklerin özüne yönelik olarak yukarıda anlatılan üç farklı kuram ortaya çıkmıştır. Bunlar Alm. AYM, Alm. İdare Mahkemesi ve son olarak da Alman Temyiz Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar neticesinde öğretinin tartıştığı kuramlardır. Bu kuramlar içerisinde en saygın olanı, Alm. AYM.'nin savunduğu görüşü temsil eden mutlak ve dokunulmaz çekirdek alan kuramı olmuştur.

⁴⁵¹ F. SAĞLAM, age., s. 161.

⁴⁵² F. SAĞLAM, age., s. 162.

⁴⁵³ Federal Alman Anayasa Mahkemesinin görüşü için bkz. F. SAĞLAM, age., s. 164.

⁴⁵⁴ F. SAĞLAM, age., s. 172.

Aslında demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının yanı sıra hakkın özü güvencesi, sınırlamanın sınırı anlamında en uç noktayı ifade etmekle birlikte,⁴⁵⁵ ölçülülük ilkesi, onlardan önceki halkayı yani yapılan temel hak sınırlamasının yerinde olup olmadığı şeklindeki denetimi ortaya koyar. Çünkü ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlamayı amaçlayan yasanın; elverişli, zorunlu ve orantılı olup olmadığını araştırır.

Bu nedenle Alm. AYM'nin öncelikli olarak hakkın özü yerine ölçülülük ilkesini kullanarak sınırlamanın söz konusu olduğu yasaı incelemesi yerinde bir uygulama olmuştur. Ayrıca hakkın özü ilkesi ile ilgili vermiş olduğu kararlarda da; her temel hak ve özgürlüğün kendine özgü özellikleri olduğu ve ona göre o hak ve özgürlüğün özünün tanımlanması gerektiği, bu tanımlamayı yaparken de, hakkın özünü ihlal eden düzenlemenin amacına ve sebebine göre saptanmayıp ihlal edilen o hak ve özgürlükten geriye ne kaldığının bulunarak tespit edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.⁴⁵⁶

Sonuç olarak Alm. AY'daki "hakkın özü" kavramının soyut bir kavram olması nedeni ile somutlaştırmak Alm. AYM'nin kararlarına düşmüştür. Fakat Alm. AYM, özün içeriğini tanımlama konusunda çekingen davranmıştır.⁴⁵⁷ Vermiş olduğu kararların çoğunda "hakkın özü" ölçütü yerine, daha çok "ölçülülük" denetimi yaparak kararlar vermeye çalışmıştır.⁴⁵⁸

4.2.2 Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin 1961 yılında ilk kez Anayasalaşan "hakkın özü" kavramını, 1982 Anayasası'nın ilk halinde yer almamasına rağmen kararlarında kullanmaya devam ettiğini önceki bölümümüzde vurgulamıştık. Hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını düzenleyen 13. maddede 2001 yılında yapılan Anayasal değişiklik, "hakkın özü" kavramının tekrar Anayasalaşmasını sağlamıştır. Gerçekten de AYM bağımsız bir

⁴⁵⁵ Y.Ş. HAKYEMEZ, age., s. 1329.

⁴⁵⁶ F. SAĞLAM, age., s. 164.

⁴⁵⁷ F. SAĞLAM, age., s. 164 ; O. K. KANADOĞLU, age., s. 127.

⁴⁵⁸ F. SAĞLAM, age., s. 144.

ölçüt olarak olmazsa da demokratik toplumun bir gereği sayarak, bu dönemde hakkın özü ölçütünü uygulamaya devam etmiştir.⁴⁵⁹

1961 yılından günümüze kadar geçen zaman diliminde AYM, kararlarında, “hakkın özü kavramına Alman Anayasa Mahkemesine göre daha fazla yer vermiştir.⁴⁶⁰ Her ne kadar “hakkın özü” kavramı bizim orijinal bir buluşumuz olmasa da, AYM’nin geçmişteki bazı kararlarında yapmış olduğu tanımlamalar neticesinde, dünya hukuk literatürüne katkı sağlayabilecek çalışmaların bizim tarafımızdan yapılmasını sağlamıştır.⁴⁶¹

Anayasa Mahkememiz kuruluşundan bu zamana kadar hak ve özgürlüklerin özünün saptanmasında, ‘hakkın kullanılabilir’ durumda kalmasını hep ölçü olarak ele almıştır.⁴⁶² İspanyol Anayasa Mahkemesi’nin, “öze dokunma” ölçütünü, Türk Anayasa Mahkemesi’nden 20 yıl sonra, “kullanılabilirlik” kavramını kullanarak açıklaması, Anayasa Mahkememizin dünya hukuk literatürüne katkısını gösteren örneklerden biri olmuştur.⁴⁶³ İspanyol Anayasa Mahkemesi, bir temel hak ve özgürlüğün kullanılmasını zorlaştıran veyahut zorunlu korumasını yok eden kayıtlar olması halinde bu kayıtların özü tahrir ettiğini saymıştır.⁴⁶⁴

“Öz kavramına her temel hak ve özgürlük için her olayda, somut anlam kazandıracak olanın, sahip olduğu konum ve takdir yetkisi nedeniyle Anayasa Mahkemesi olduğu”⁴⁶⁵ hem Anayasanın 13. maddesinin gerekçesinde dile getirilmiş, hem de öğretilerde kabul edilmiştir. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki, o hak ve özgürlüğün özüne dokunulmuş olması durumunun söz konusu⁴⁶⁶ olduğunu dile getirerek “hakkın özü” kavramını AYM tanımlamıştır. Yine toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili vermiş olduğu başka bir kararında da hakkın özü ölçütünün

⁴⁵⁹ M. ERDOĞAN, age., s. 198.

⁴⁶⁰ Bkz. H. T. FENDOĞLU, agm., s. 130 ; Z. ARSLAN, agm., s. 144.

⁴⁶¹ M. SOYSAL, agm., s. 45.

⁴⁶² Y. ALİEFENDİOĞLU, Temel Hak ve Özgürlükler Açısından ...,s. 26-46 ; B. ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, 1989, İstanbul : BFS Yayınları, s. 160.

⁴⁶³ T. YILDIRIM, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında “Sınırlamanın Sınırı”, AÜSBF Dergisi, Ocak - Haziran 1991, C. 46, S. 1 -2, s. 466.

⁴⁶⁴ B. ÇAĞLAR, age., s. 160.

⁴⁶⁵ N. KAYAR, age., s. 379.

⁴⁶⁶ E. 1963/17, K. 1963/84, KT : 08.04.1963, AYMKD, S.1, s. 180.

ihlalinin nasıl olabileceğini bir sonuca bağlayarak “*hakkın özü*” ilkesine sürekli katkı sağlamıştır.

1963 yılında vermiş olduğu bu kararında; her hangi bir konuda yapılmak istenen toplantı veya gösteriyi açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki idarenin eylem veya işlemlerinin, hakkın özüne dokunabileceğini hüküm altına alınmıştır.⁴⁶⁷ Dolayısı ile toplantı ve gösteri yapmak isteyen temel hak kullanıcılarına bir beyanname vermeyi yükümlü tutmak hakkın özü ölçütünü ihlal etmemiş, tersi bir öze dokunma durumunda ise mutlak bir iptal sebebi olarak görülmüştür.

AYM diğer bir benzer kararında da; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda yapılacak olan bir düzenlemenin hakkın özüne dokunmaması için, kanunun koyduğu sınırlama, özgürlükleri yok etmemeli, temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasına engel olucu ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşınamalı demıştır.⁴⁶⁸ Bir düzenlemenin hak ve özgürlüklerin özünü ihlal etmeden uygulanabilmesi için, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre, öznel yorumlara olanak vermeyecek biçimde, sınırlama nedenlerinin somut, açık ve kesin olarak belirtilmesi gerektiğini aynı kararda da ifade etmiştir. O halde AYM’nin kararlarında kanunun ortaya koymuş olduğu sınırlamanın, herkes tarafından net ve anlaşılabilir olması ve özgürlükleri ortadan kaldıracak veya güçleştirecek ya da amacına ulaşmasını engelleyecek tarzda olmaması gerektiği şeklinde tespit yaptığı görülmüştür.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından hakkın özü kavramı, 1982 Anayasası’na kadar, AYM tarafından tek başına bir ölçüt olarak değerlendirilmiştir. 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin içeriğinde “demokratik toplum düzenin gerekleri” ilkesinin yer bulması sonucunda artık bu ölçüt ile birlikte değerlendirmeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesini “hakkın özü” ölçütü ile birlikte değerlendirirken, kimi kararlarında da

⁴⁶⁷ E. 1962/208, K. 1963/01, KT : 04.01.1963, AYMKD, S.1, s. 61.

⁴⁶⁸ E. 1976/27, K. 1976/51, KT : 18/22.11.1976, AYMKD, S.14, s. 368

“demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını “hakkın özü” kavramı ile birlikte kullanmıştır.⁴⁶⁹

Özgürlüklerin istisnaî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilceğini vurgulayan AYM, 1961 Anayasası’nın kabul ettiği “hakkın özü” ölçütünden daha belirgin ve uygulamasının daha kolay olması nedeniyle “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün 1982 Anayasası’nda tercih edildiğini ifade etmiştir.⁴⁷⁰ 1982 Anayasası’nın 13. madde gerekçesinde de ifade edilen bu görüşü AYM’nin tekrarlaması yerine, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” kavramını içerikleştirse idi daha kabul edilebilir olurdu düşüncesindeyiz. O yüzden öğretide “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesinin de açık ve belirgin olmadığı söylenmesi ve bizim de bu görüşe katılmamızdan dolayı AYM’nin bu hükmü, madde gerekçesinin tekrarlanmasından başka hiç bir sonuç yaratmadığı kanaatindeyiz.

O halde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü ile “hakkın özü” ölçütünün belirgin olmayışından dolayı uygulamada somutlaştırmanın aslında yine AYM’ne düştüğü söylenebilir. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı(Mahkemesi) da bu ölçütü, bizim AYM gibi önlerine gelen her olay için ayrı ayrı değerlendirme yapma yoluna gitmiştir.⁴⁷¹

AYM’nin temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamaların, nedeni ne olursa olsun demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde⁴⁷² olması gerektiği şeklindeki başka bir hükmü, AYM’nin “hakkın özü” ve “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütlerini yukarıda da ifade ettiğimiz gibi birlikte değerlendirme yoluna gittiğini göstermiştir. Her ne kadar hakkın özü kavramıyla ilgili uygulama AYM’ce geliştirilmişse de ve her ne kadar bilimsel açıdan mahkemeyi denetlemek öğretiyeye düşmüşse de, öğretinin bu konuda mahkemeye bir yardımı maalesef olmamıştır. Öğretiden yardım almadan temel hak ve özgürlüklerin özünü belirleyen Anayasa

⁴⁶⁹ H. T. FENDOĞLU, agm., s. 130.

⁴⁷⁰ E. 1985/08, K. 1986/27, KT : 26.11.1986, AYMKD, S.22, s. 364.

⁴⁷¹ A. Ş. GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku(Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 16. Bası, Ağustos 2008, Turhan Kitabevi, s. 180.

⁴⁷² E. 1987/16, K. 1988/08, KT : 19.04.1986, AYMKD, S.24, s. 108.

Mahkemesi, Şu ölçütlerin varlığı halinde, “hakkın özü” kavramının ihlalinin söz konusu olabileceğini açıklamıştır.

AYM'nin ‘hakkın özü’ ilkesi ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlar değerlendirildiğinde:⁴⁷³

- i. Gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırıcı veya imkânsızlaştırıcı,
- ii. o temel hak ve özgürlüğü örtülü bir şekilde de olsa kullanılamaz bir duruma düşürücü veya kayıtlara tabi tutucu,
- iii. açıkça yasaklayıcı,
- iv. örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu,
- v. o temel hak ve özgürlüğü ciddi suretle güçleştirici,
- vi. o temel hak ve özgürlüğün amacına ulaşmasını önleyici,
- vii. özgürlükten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutucu,
- viii. açık olmayan ve her türlü yoruma elverişli olan kavramlarla yapılan kanunlarla sınırlayıcı,
- ix. hak ve özgürlüğü genel olarak ortadan kaldırııcı,
- x. yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici anlamda dolaylı ya da dolaysız etkileyici,
- xi. o temel hak ve özgürlüğün etkisini ortadan kaldırması gibi düzenlemelerin yapılması, “hakkın özü” ilkesinin ihlalinin ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırılığı oluşturur şeklinde özetlenmiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmasını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmakta; temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan bir sınırlamayı sınırlamanın

⁴⁷³ E. ÖRÜCÜ, agm., s. 145-161 ; N. KAYAR, age., s. 404.

amacıyla orantılı görmemektedir.⁴⁷⁴ Bir temel hak ve özgürlüğün özünün ihlali söz konusu olduğunda; o ihlali hem demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmakta, hem de hakkın özünü zedelediğine yönelik kararlar vermektedir. Dolayısıyla öze dokunmayı mutlak bir iptal sebebi saymaktadır.⁴⁷⁵

4.3 FORMÜLLERDE FARKLILIK – HÜKÜMLERDE ÖZDEŞLİK*

Alman Anayasası ile 1982 Anayasası'nın hakkın özü kavramı ile alakalı kanun metinlerine bakıldığında, cümle kurulma şekli farklı olmakla beraber her iki cümle yapısının da benzer hükümleri ihtiva ettikleri görülmektedir. Fakat Anayasaların hakkın özü kavramı ile alakalı benzer hükümler tesis etmelerine rağmen, Anayasa Mahkemelerinin konuyu ele alış ve uygulayış şekilleri birbirinden farklılık göstermektedir.

4.3.1 Federal Alman Anayasası'nın 19. Maddesi ile 1982 Anayasası'nın 13.

Maddesinin Karşılaştırılması

Federal Alman Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrası ile 1982 Anayasası'nın 2001 değişikliği ile birlikte yeniden şekillenen 13. maddesinin 1. fıkrasını değerlendirmek gerekir. Böylece karşılaştırmalı olarak her iki Anayasanın madde metinlerini değerlendirmek suretiyle, farklılıkları ve özdeşlikleri görme fırsatımız doğacaktır. Şimdi sırasıyla her iki ülkenin hakkın özüne yönelik olarak düzenleme yapan Anayasa metinlerini ortaya koyarsak;

Federal Alman Anayasasının 19/2. maddesi,

“Hiçbir suretle bir temel hakkın özüne dokunulamaz”

1982 Anayasası'nın 13/1. maddesi ise,

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”

⁴⁷⁴ T. YILDIRIM, agm., s. 474.

⁴⁷⁵ E. ÖRÜCÜ, agm., s. 145-161.

* Bu başlıkta geçen ifade F. SAĞLAM Hocamızın “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü” adlı eserinin 143. sayfasından alınmıştır.

şeklindedir.

Her iki madde metninin ilgili fıkralarını karşılaştıracak olursak farklı formüle edildikleri açıkça görülmektedir. Sağlam'ın "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" adlı eseri incelendiğinde de bu formüle yönelik olarak ayrıntılı bir şekilde bilgi almak mümkündür.

Federal Alman Anayasası'nın 19/2. maddesinin edilgen bir yapıda olduğunu daha önce dile getirmekle beraber, bu edilgen yapının kesin ve keskin bir yapıda olduğu tahmin edilebilir niteliktedir. Nitekim "...hiçbir suretle dokunulamaz" ifadesi, hem keskinliğin hem de Anayasa koyucunun kararlı ve kesin bir duruşunun ifade biçimini gösterdiğini Sağlam'da dile getirmektedir.⁴⁷⁶ Keza "hiçbir suretle" vurgusunun ilgili Anayasa metninde yer almaması durumunda her hangi bir hüküm farkı doğurabilir mi sorusu akla gelmekteyse de, Sağlam bu soruyu olumsuz yanıtlayarak, vurgunun olmaması durumunda herhangi bir temel hak ve özgürlüğün özüne bazen dokunulabileceği anlamına gelmeyeceğini dile getirmektedir.⁴⁷⁷ Gerçekten de Anayasalar herkes için bağlayıcı kural koyan yapıda olduklarından dolayı, "bir temel hakkın özüne dokunulamaz" ifadesinin de aynı hükmü doğuracağı ve "bazen öze dokunulabilir" gibi bir anlamın da söz konusu olmayacağı açıkça ortadadır.

1982 Anayasası'nın 13/1. maddesini ele alacak olursak, hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın kanunla sınırlama yapılabileceği dile getirilmiştir. Anayasa koyucu kanunla sınırlamayı, her ne kadar yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde geçen sebeplere dayanarak yapılmasını zorunlu kılmışsa da, bu sınırlamanın sınırına da hakkın özü ilkesinin dokunulmazlığını ekleyerek daha da sağlamlaştırmak istemiştir.

Aslında 1982 Anayasası'nda herhangi bir temel hak ve özgürlüğün cevherinin veya onun asli çekirdeğinin, "özlerine dokunulmaksızın" vurgusu ile ifade edilerek koruma altına alınması, Alm. AY.'nın 19/2. maddesindeki gibi kesin ve kararlı bir duruşu göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında Alm. AY.'nın 19/2. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 13/1. maddesinin hakkın özü ölçütlerine yaklaşım tarzında, diğer bir deyişle anlatılmak istenen hükümlerde benzerlik olduğu göze çarpmaktadır.

⁴⁷⁶ F. SAĞLAM, age., s. 143.

⁴⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. F. SAĞLAM, age., s. 143 vd.

Alman Anayasası aynı zamanda hak ve özgürlüğün kötüye kullanımında ne yapılması gerektiği hususunda, 1982 Anayasası'ndan farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Bu yaklaşım temel hak ve özgürlük kullanıcısı bireyin, hak ve özgürlükleri, demokratik ve liberal Anayasal düzeni yıkmak için kullanmak istediğinde, Alm. AYM tarafından verilecek bir karar ile ilgili hakkı kaybedecek olması şeklinde ortaya çıkmıştır.⁴⁷⁸ 1961 Anayasası düzenlenirken bu sorun üstüne eğilen Kurucu Meclis üyeleri, temel hak ve özgürlükleri, sadece iktidarın düzenlemelerine karşı korumayı ön planda tutarak Alm. Anayasası'nda yer alan "hakkın özü" ilkesini benimsemişler, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımında ise Alm. AY'nin getirdiği tedbirleri ihmal etmişlerdir.⁴⁷⁹

1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu ihmalin farkına varılmış, önceden sadece <<temel hakların özü>> şeklinde olan kenar başlığı, değişiklikle birlikte <<temel hak ve özgürlüklerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması>> şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁸⁰ "*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ... kanunla sınırlanabilir*" şeklindeki düzenleme ile Türk Anayasa hukukuna ilk kez genel sınırlandırma nedenleri girmişse de, Alm. Anayasası'ndaki gibi bir çözümü maalesef ortaya koyamamıştır.

1982 Anayasası'nın 13. maddesinin içeriğine bakıldığında ise bu şekilde bir düzenleme gerekli görülmemiştir. Ayrıca AYM'nin kuruluşu ve görevi, ilgili maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek, hak ve özgürlükler açısından herhangi bir metin Alm. Anayasası'nda olduğu gibi de öngörülmemiştir.

Sadelik açısından da her iki Anayasaya bakmak gerekirse; Alm. Anayasası'ndaki madde metinleriyle 1982 Anayasası'ndaki madde metinleri karşılaştırıldığında, Alm. Anayasası'nın madde metinlerinin 1982 Anayasası'nın madde metinlerine göre daha kısa olduğu görülmektedir.⁴⁸¹ Alm. Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler daima kısa

⁴⁷⁸ O. ALDIKAÇTI, age., s. 198 vd. ; N. KAYAR, age., s. 387 ; Ayrıca "Temel Hakların Düşmesi" konusu için ayrıntılı olarak bkz. O. ŞİMŞEK, Federal Almanya Anayasa Hukuku'nda Temel Hakların Düşmesi, Dokuz Eylül Üniv. Sos. Bil. Enst. Derg., C. 5, S. 1, 2003, s. 94 - 112.

⁴⁷⁹ O. ALDIKAÇTI, age., s. 199.

⁴⁸⁰ O. ALDIKAÇTI, age., s. 199.

⁴⁸¹ P. LERCHE, agm., İ. YAZMAN(çev.), s. 205 - 220.

ve öz olarak formüle edilmişlerdir.⁴⁸² “Hiçbir suretle bir temel hakkın özüne dokunulamaz” ifadesi; aslında temel hakkın içeriğine ilişkin açıklama yapan bir ifade biçimi olmayıp, dost doğruca sınırlanması konusunu ele alan bir yaklaşım tarzıyla ortaya konduğu söylenebilir. Oysa 1982 Anayasası’nda yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” şeklindeki hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını temsil eden bir ifadenin, yalın yani sade olduğunu söylemek çok zordur.

Ancak bir ülkenin Anayasa düzeninin belirlenişinde asıl önemli olanın Anayasa metninin değil, onun yorumlanış ve uygulanış biçiminin olduğunu dile getiren Kapani’nin çok yerinde bir tespit yaptığı söylenebilir. Yeteri derecede detaylandırılmadan meydana getirilen Anayasal düzenlemeler soyutlaşır ve yorumlanışında esnekliğe yol açar. Alman Anayasa metninin sade ve öz oluşunun köklü değişikliklere gitmeye gerek kalmadan siyasi ve sosyal değişimlere cevap verebildiği dile getirilse de,⁴⁸³ ucu açık ve farklı yorumlara neden olabilecek soyut Anayasal madde metinlerinin sorun çıkaracağını da düşünmek gerekir.

Her ne kadar ülkemizdeki Anayasanın Alm. Anayasası’na göre daha ayrıntılı olduğu görülse de, eskinin DGM’lerinin yerine geçen günümüzün Ağır Ceza Mahkemelerinin, tutuklu milletvekillerinin haklarını düzenleyen Anayasa maddesini yorumlamadaki farklı bakış açıları, Alman Anayasası gibi kısa ve öz olarak formüle edilmiş bir hak ve özgürlükler rejiminin ülkemize pek faydasının olamayacağını şimdilik göstermektedir.

4.3.2 Alman ve Türk Anayasa Mahkemelerinin Hakkın Özüne Yönelik

Görüşlerinin Karşılaştırılması

Alm. AYM her ne kadar “hakkın özü” ilkesinin doğduğu bir ülkede yargı görevi görse de, bu ilkenin gelişmesi ve dünya hukuk literatürüne büyük katkılar sağlaması Türk AYM’sine düşmüştür. Alm. AYM bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulup

⁴⁸² FRIEDRICH EBERT STIFTUNG Derneğinin Düzenlemiş Olduğu Bir Panel, (**Bkz.** Federal Almanya Adalet Bakanı Brigitte Zypries’in 23 Şubat 2009 Tarihli “Temel Hakların Korunması ve Anayasal Denetim” Konulu Konuşma Metni), <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/tuerkei/07089.pdf>, [17.12.11].

⁴⁸³ Federal Almanya Adalet Bakanı Brigitte Zypries’in söz konusu konuşma metni.

dokunulmadığından önce, yani öz denetiminden önce, ölçülülük ilkesini kullanarak denetim yapma gereğini hissetmiştir.

Özden önce ölçülülük ilkesi ile sıkı denetim yapan Alm. AYM, temel hak ihlalleri ile ilgili kararlarını ya bu ilkeye ya da keyfilik yasağıyla belirginlik ilkesi gibi hukuk devleti ilkelerine dayanarak vermektedir.⁴⁸⁴ Verilen bu kararlarda da ya öz ihlalinin olmadığına ya da özle alakalı bir karar vermeye gerek olmadığını belirtmekle yetinmektedir.⁴⁸⁵

Vermiş olduğu seyrek kararlardan biri olan Federal Sosyal Yardım Yasası'nın, 18 yaşını tamamlayıp iç dengesizlikler nedeni ile toplum içerisinde düzenli bir yaşam sürdüremeyen kimselerin ıslah evlerine kapatılmalarını öngören hükümlerini kişi özgürlüğünün özüne dokunduğu gerekçesi ile iptal etmiştir.⁴⁸⁶ Yine başka bir kararında ise yasaların insanın düşünsel, siyasi ve ekonomik özgürlüğünü öze dokunacak bir biçimde sınırlayamayacağını, her yurttaş için özel yaşamı biçimlendirecek bir alanın Anayasa gereğince saklı tutulduğu ve bu dokunulmaz alanın kamu gücünün her türlü müdahalesinden masun olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸⁷

Hava araçlarının saldırı silahı olarak kullanılması ile ilgili Almanya'da hava trafiğinin güvencesini konu olan bir yasada yapılan bir düzenlemede,⁴⁸⁸ teröristlerce ele geçirilmiş olan bir uçağın düşürülmesine cevaz veren bir madde metni eklenmiştir. Bu madde metnine olan itiraz Alm. AYM tarafından haklı bulunarak iptal edilmiş ve gerekçelendirmesini de insan onurunun dokunulmazlığı ile yaşam hakkının özünün zedelendiği dile getirilmiştir.⁴⁸⁹

1982 yılına kadar ölçülülük ilkesine oldukça yabancı kalmış olan Türk Anayasa Mahkemesi ise "hakkın özü" ilkesini uygulama noktasında oldukça cömert davranırken, Alm. AYM, özden önceki alanda özellikle ölçülülük ilkesiyle yaptığı sıkı denetimle,

⁴⁸⁴ F. SAĞLAM, age., s. 144.

⁴⁸⁵ F. SAĞLAM, age., s. 144 (BVerfGE 7, s. 408 vd. ; BVerfGE 5, s. 15; BVerfGE 8, s. 328 vd.).

⁴⁸⁶ F. SAĞLAM, age., s. 144 .

⁴⁸⁷ F. SAĞLAM, age., s. 147 (BVerfGE 6, s. 41).

⁴⁸⁸ Ayrıntılı olarak bkz. F. SAĞLAM, 21. Yüzyılın Başında İnsan Haklarını Korumada Karşılaşılan Sorunlar, *Hukuk Devleti ve Terör*, 2011, İstanbul : Maltepe Üniv. İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve Unesco Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları : 3, s. 126 vds.

⁴⁸⁹ F. SAĞLAM, 21. Yüzyılın Başında İnsan ..., s. 128.

hakkın özü ölçütüne çekimser davranmayı yeğlemiştir.⁴⁹⁰ Çekimser bir tavır, hakkın özü ölçütünün içeriğine ilişkin Almanya’da 3 farklı kuramın doğmasına sebebiyet vermiştir.⁴⁹¹ Bunlar; Alm. Tem. Mhk, Alm. İd. Mhk ve Alm. AYM tarafından verilen kararlarla düzenlenen kuramlar olmuştur.

Alm. Tem. Mhk. ile Alm. İd. Mhk. temel hak ve özgürlüklerin özü noktasında farklı bir yola başvurarak, Alm. AYM’nin kabul etmediği kuramları ortaya koymuşlardır. Alm. İd. Mhk.’nin kuramı; hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlamanın olması durumunda geriye ne kaldığını veya sınırlamanın temel hak ve özgürlükten ne kadarını götürdüğünü ölçmeye dayanırken, Alm. Tem. Mhk.’nin kuramı ise; hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçülü olduğu takdirde - daha üstün hukuki değerler söz konusu olduğunda-⁴⁹² o temel hak ve özgürlüğün özüne helal gelmeyeceği anlayışına dayanmıştır. Alm. AYM bu iki kuramı da kabul etmeyip, temel hak ve özgürlüklerin özüne hiçbir zaman dokunulamayacağı kuralını kendine ilke edinmiştir.

Alm. AYM kararlarında, bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmayı haklı gösterecek hiçbir hukuki değer olmadığı ve hakkın özü kavramının mutlak bir nitelikte olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹³ Türk AYM’nin 1961 Anayasası’ndan bu zamana kadar hakkın özü ölçütü ile ilgili vermiş olduğu içtihatlarında ise kavram sürekli gelişen ve değerlendirilen bir yapıda olmuştur. Dolayısıyla Türk AYM hakkın özü kavramını Alm. AYM’ye göre daha fazla kullanmış ve içeriksel olarak tanımlamalar yaparak hakkın özü kavramının gelişen bir çizgide ilerlemesini sağlamıştır.

Türk Anayasa Mahkemesinin hakkın özü ihlaline yönelik bakış açısı incelendiğinde; *“gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırıcı veya imkânsızlaştırıcı, o temel hak ve özgürlüğü örtülü bir şekilde de olsa kullanılamaz bir duruma düşürücü veya kayıtlara tabi tutucu, açıkça yasaklayıcı, örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu, o temel hak ve özgürlüğü ciddi suretle güçleştirici, o temel hak ve özgürlüğün amacına ulaşmasını önleyici, özgürlükten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutucu, açık olmayan ve her türlü yoruma elverişli olan kavramlarla yapılan kanunlarla*

⁴⁹⁰ **Bkz.** F. SAĞLAM, age., dipnot 9, s. 144.

⁴⁹¹ Ayrıntılı bilgi için **bkz.** F. SAĞLAM, age., s. 160 vds.

⁴⁹² F. SAĞLAM, age., s. 162 ; Ayrıca **bkz.** s. 112 vd.

⁴⁹³ F. SAĞLAM, age., s. 164.

sınırlayıcı, hak ve özgürlüğü genel olarak ortadan kaldıracı, yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici anlamda dolaylı ya da dolaysız etkileyici, o temel hak ve özgürlüğün etkisini ortadan kaldırması gibi düzenlemelerin yapılması” durumlarında “hakkın özü” ihlalinin söz konusu olduğunu tespit etmiştir.

1982 Anayasası’ndan sonra ise Türk AYM, hakkın özü ölçütünü, “*demokratik toplum düzeninin*” gerekleri ilkesi ile birlikte değerlendirmeye başlamıştır. Mahkeme temel hak ve özgürlükleri ihlal eden idarenin veya yasamanın bir eylem veya işleminin, aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerini de ihlal ettiğini hüküm altına almıştır.

Mahkeme bir kararında⁴⁹⁴ yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi, hiçbir karşılık ödenmeden taşınmazın idareye geçmesinin mülkiyet hakkının sınırlarını aşan ve hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğunu tespit ederek iptal etmiştir. Yine başka bir kararında ise⁴⁹⁵ bir hakkın ya da özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı sınırlamaların o hak ve özgürlüğün özüne dokunacağı şeklinde olmuştur.

Tüm bu anlatımlar neticesinde Alm. AYM, hakkın özü ölçütünden önce “ölçülülük” denetimi yaparken, Türk AYM, hakkın özü ölçütünü “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı ile de değerlendirme yapıp daha da geliştirerek ortaya koymaya çalışmıştır. Dolayısıyla Alm. AYM ölçülülük ilkesine harcamış olduğu enerjisinden dolayı ölçülülük ilkesini kararlarında ihya edip geliştirirken, Türk AYM ise, benzer enerjiiyi hakkın özüne yönelik içtihatlarına harcamış ve hakkın özü ilkesini geliştirip ihya etmiştir.

Bununla birlikte keşke 2001 yılına kadarki 40 yıllık bir dönemde Türk AYM, ölçülülük ilkesini de kararlarında yoğun bir şekilde işleyerek, özden önceki alanda denetimi sıklaştırarak ölçülülük ilkesinin de gelişimine katkısı olsaydı. Ölçülülük ilkesi sayesinde Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası’nın sorunlu yaklaşımına rağmen insan haklarına

⁴⁹⁴ E. 2002/112, K. 2003/33, KT : 10.04.2003, AYMKD., S. 39, s. 489 vd.

⁴⁹⁵ E. 1962/208, K. 1963/01, KT : 04.01.1963, AYMKD, S.1, s. 61.

özgürlükçü bir yorumla yaklaşarak temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlayabilirdi.⁴⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin özden önceki alanda ölçülülük ilkesi denetimini yapmaması, hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların etkin bir şekilde denetlenmesine engel teşkil etmezdi.⁴⁹⁷ Böylece ölçülülük ilkesine göre yapılacak bir denetlemeden dolayı yasa koyucu, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine ait alt ilkeleri göz önünde bulundurarak düzenleme yapmak zorunda kalırdı. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, hakkın özünden önce ölçülülük ilkesi devreye girer ve yerinde kararların verilmesiyle ülkemizde ilkenin faydalı bir şekilde gelişmesi sağlanırdı. Ama ne yazık ki ölçülülük ilkesi, önce öğreti ve mahkeme kararları ile sonra da 2001 Anayasa değişiklikleri ile hukukumuzda girmiştir.⁴⁹⁸

Bulduğumuz dönem itibari ile sil baştan yeni bir Anayasa çalışmasının olmasından dolayı, değişik sivil toplum örgütlerinin Anayasa önerilerini de bir sonraki başlıkta işlemeyi uygun gördük. Böylece tezimizin genel çerçevesini oluşturan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine yönelik, aşağıda örnek olarak aldığımız sivil toplum örgütlerinin ne gibi bir beklenti içerisinde olduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Yeni Anayasa önerilerine eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşım yeni Anayasadan beklentimizi ortaya koyacağız.

4.4 YENİ ANAYASA ÖNERİLERİ KAPSAMINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI PROBLEMİ

2012 yılına girmiş olduğumuz şu dönemde sil baştan bir Anayasa yapımı çalışmasının olduğunu daha önceki konularımızda dile getirmiştik. Elbette ki çoğunluğun katılımının söz konusu olduğu ve bu çoğunlukta da ortak bir görüşün hâkim olduğu bir uzlaşım ile yeni Anayasanın yapılması beklenen istekler arasındadır. O yüzden ülkemizdeki değişik sivil toplum örgütlerinin ortaya koymuş oldukları Anayasa önerilerini bu konu başlığı altında dile getirmeye çalışacağız.

Türkiye Barolar Birliği'nin(TBB) "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi", Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı'nın(TESEV) "Türkiye'nin Yeni Anayasasına

⁴⁹⁶ Y.Ş. HAKYEMEZ, Yeni Anayasada İnsan Haklarının..., agm. s. 16.

⁴⁹⁷ Y. METİN, age., s. 222.

⁴⁹⁸ H. S. TÜRK, age., s. 101.

Doğru”, Türkiye Sanayiciler ve İşadamları Derneği'nin(TÜSİAD) “Yeni Anayasa'nın Beş Temel Boyutu” adlı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin(TOBB) Anayasa önerisini konu alan çalışmaları, konumuzun içeriğini oluşturacaktır. Tezimizin ana konusu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması olduğundan, Anayasa önerisini konu alan sivil toplum örgütü çalışmalarında da hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına getirdikleri veya uygun gördükleri rejime değinerek, çalışmaların bu yönde karşılaştırmalı bir şekilde işlenmesi sağlanacaktır.

4.4.1 TBB Anayasa Önerisi⁴⁹⁹

TBB'nin “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*”ne bakıldığında⁵⁰⁰ temel hak ve özgürlükler rejimi “insan onuruna saygı” temeline oturtulmuştur. Alm. Anayasası'nda da “insan onuruna saygı” kavramının yer alması sebebinden dolayı TBB Anayasa önerisinin bu yönüyle benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Söz konusu Anayasa önerisinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini 14. madde de düzenlemeyi uygun bulmuştur. Maddeye göre,⁵⁰¹ “*herkes, temel hak ve özgürlüklerini kullanırken başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdür. Temel hak ve özgürlükler, yalnızca ilgili madde de belirtilen neden ve amaçların haklı ve zorunlu kıldığı ölçüde, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz; hak ve özgürlüğün özüne dokunamaz. Sınırlama neden ve ölçütlerinin yorumlanmasında Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle kurulan organların içtihatları da göz önünde tutulur*” şeklindeki tasarım, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini ortaya koymuştur. Maddenin içeriğine bakıldığında; temel hak ve özgürlükler,

- i. ilgili özel maddelerinde belirtilen neden ve amaçlarla,
- ii. ölçülülük ilkesine ve Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun,

⁴⁹⁹ 25'e yakın bilim adamı, uygulamacı, AYM üyesi, emeklisi ve hâlâ görev yapanlardan oluşan komisyon tarafından hazırlanmıştır. **Bkz.** Ö. ÖZOK, age., s. 28, ; E. KÜZECİ, Kişisel Verilerin ..., s. 264, dipnot: 12.

⁵⁰⁰ TBB, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi -Geliştirilmiş Gerekçeli Metin-, 4. Baskı, Kasım 2007.

⁵⁰¹ TBB, age., s. 44 vd. ; **Bkz.** 2001-2007 TBB Anayasa Önerisi için, A. ŞAHİN, Türkiye'de Anayasalarda ve Anayasa Taslaklarında İnsan Hakları (Karşılaştırmalı Olarak), 2010, Ankara : Yetkin Yayınları, s. 148 vd.; TBB, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 2001, II Basım.

- iii. kanunla olmak şartı ile
- iv. hak ve özgürlüğün özüne dokunmadan
- v. ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadan sınırlandırılabilmesi uygun görülmüştür.

Yukarıda geçen sınırlandırılma nedenleri değerlendirildiğinde, 2001 değişikliğinden sonra 1982 Anayasa’nda yer alan nedenlerle birebir aynı olan kavramlardır. Ancak Anayasa önerisinde geçen ve yukarıdaki maddelerde yer almayan 1. ve 4. fıkraya bakılacak olursa, bu önerilerin farklı bir yapıda olduğu göze çarpacaktır.

1. fıkra “*herkes, temel hak ve özgürlüklerini kullanırken başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Fıkranın gerekçesine bakıldığında; temel hakları kullanacak kişilerin başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı gösterme ödevi, bir anlamda hak ve özgürlüklerin toplumsal yaşamdan doğan doğal sınırı işaret ettiğinden dolayı düzenlendiği ileri sürülmüştür.⁵⁰² Oysa her temel hak ve özgürlüğün nesnel bir sınırı olduğundan, madde metni içerisinde 1. fıkranın ayrıca düzenlenmesi yerinde olmamıştır kanaatindeyiz.

TBB’nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen maddenin 4. fıkrasına bakıldığında ise çok önemli bir noktaya değinilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 4. fıkranın içeriği “*sınırlama neden ve ölçütlerin yorumlanmasında Türkiye’nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle kurulan organlarının içtihatları da göz önünde tutulur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Madde gerekçesine bakıldığında; Medeni Kanununun birinci maddesinde yer alan “Hakim, hükümlerinde ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder” kuralına göre, yargıçlarımızın bu kavramların yorumlanmasında başka ülkelerin içtihatlarından da yararlanma yetkisine sahip olduğu dile getirilmiştir. Fakat devlet olarak yetkisini kabul ettiğimiz denetim organlarının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütleri yorumlayış biçimini göz önünde bulundurulması, yararlanmanın da ötesinde uluslararası yükümlülüğe uygun bir davranış olacağı madde gerekçesinde

⁵⁰² TBB, age., s. 45. ; A. ŞAHİN, age., s. 147 vd.

vurgulanmıştır.⁵⁰³ Dolayısıyla 4. fıkranın bu şekilde düzenlenmesi ile evrensel anlamda ve uluslararası denetim mekanizmalarının yorumlarıyla da örtüşen kararların verilmesi düşüncesi, ön planda tutulmak istenmiştir.

Bununla birlikte bu fıkranın olumlu veya olumsuz gelişmelere neden olacağını tahmin etmek zor olmasa gerekir. Çünkü Anayasada yer alan ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ölçütlerin hepsi, uluslararası düzlemde yorumlanabilecek bir yapıya sahip değildir diye düşünmekteyiz. AYM'nin kararlarına bakıldığında; her ne kadar demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı evrensel anlamda tanımlanmışsa da, laiklik ile Cumhuriyet kavramları “Türkiye’ye özgü Laiklik” veya “Türkiye’ye özgü Cumhuriyet” şeklinde ifade edilerek kararların şekillendiği görülecektir.

Gerçektende adı Cumhuriyet olan devletlerin çoğu -ki, örneğin İngiltere- bizdeki biçimiyle yönetilmemektedirler. Yine laiklik ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasındaki önemi ve Atatürk devrimlerinin temelindeki rolü hangi ülkedeki laiklik ile karşılaştırılabilir ki? O yüzden TBB'nin son Anayasa önerisi içerisinde geçen bu son fıkranın, sınırlamada söz konusu olan tüm ölçütler için, söz konusu uluslararası organların yorumlarından faydalanmanın uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Türkiye'nin kuruluşu esnasında tasarlanmak istenen devlet yapısına uygun olarak düşünülmüş ilkelerin yorumu konusunda, yine Türk toplum yapısının göz önünde bulundurarak, yerel anlamda –Türkiye’ye özgü- değerlendirilmelerin yapılması yerinde olacaktır diye düşünmekteyiz.

Madde gerekçesine bakıldığında, 2001 Anayasa değişikliği içerisinde yer alan ölçütlerin çoğu söz konusu öneri ile örtüştüğü fakat hukuk tekniği ve dili açısından TBB Anayasa önerisinin daha uygun olduğu ve laiklik ile Cumhuriyetin gerekleri ilkesinin Anayasanın diğer maddelerinde bağlayıcı bir ilke olması sebebi ile söz konusu Anayasa önerisine alınmasının zorunlu görülmediği ifade edilmiştir.⁵⁰⁴

Bilindiği gibi TBB'nin 2001 Anayasa önerisi 2007 yılı Anayasa önerisi ile güncellenmiş ve kanunla sınırlamasının Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılması gerektiği ve 2001 Anayasa taslağında bu ilkenin ihmal edildiği görülmektedir.

⁵⁰³ A. ŞAHİN, age., s. 148 vd.

⁵⁰⁴ A. ŞAHİN, age., s. 150.

Fakat bu eksikliğin farkına varıp 2007 Anayasa önerisi ile tasarının güncellenmesi olumlu olmuştur. Çünkü Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk, Anayasanın ilgili maddelerinde bahsetmiş olduğu ek güvenceleri (laiklik, Cumhuriyet vb.) koruyucu bir özellik taşımaktadır.

4.4.2 TESEV Anayasa Önerisi

TESEV'in Anayasa önerisini konu alan çalışması ise, "*Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru*" ismini almıştır. TESEV Anayasa Komisyonunca hazırlanan bu çalışmanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi açısından yeni Anayasadan beklentisi; "*sınırlamanın istisna*" olduğu bir bakış açısı ile "*tabii hak anlayışının*" egemen kılındığı bir düzenlemenin yer alması olmuştur.⁵⁰⁵

Genel sınırlandırma rejimini kabul etmemiş, TBB Anayasa önerisinde olduğu gibi "her bir hakla ilgili özel maddede o hakkın niteliğine uygun özgül sınırlandırma nedenlerini"⁵⁰⁶ belirtmenin yerinde olacağı görüşünü uygun bulmuştur. Zaten önceki konularımıza bakıldığında "temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde belirtilen neden ve amaçla sınırlandırılmasının", AİHS'ne uygun bir düzenleme biçimi olduğunu vurgulamıştık. O yüzden gerek TBB'nin ve gerekse de TESEV'in Anayasa önerisinin "genel sınırlandırma nedenlerini" reddetme sebebinden dolayı AİHS'ne uygun bir Anayasa önerisi konusunda özen gösterdiklerini ortaya koymuştur.

TESEV'in bu çalışmasının içeriğinde; temel hak ve özgürlükler;

- i. Yeni Anayasada özgürlükçü bir bakış ile
 - ii. Tabii hak anlayışına uygun,
 - iii. Genel sınırlandırma nedenlerinin yer almadığı,
 - iv. Her bir hak ile ilgili özel maddede, o hakkın niteliğine uygun ve özgül sınırlamaların yer aldığı bir anlayışla,
- sınırlandırılmasının yapılması gerektiği şeklinde bir beklenti ortaya konmuştur.

⁵⁰⁵ TESEV, *Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru*, İstanbul: Tesev Yayınları, s. 12.

⁵⁰⁶ TESEV, *age.*, s. 12.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya güvencelenmesi noktasında TESEV'in bu çalışmasının çok yüzeysel kaldığı söylenebilir. Yukarıdaki içerikte yer alan maddeler incelendiğinde, mevcut Anayasada 2001 yılında yapılan değişiklikler ile birlikte yer alan düzenlemelerin yeniden bu çalışmada istenmesinden başka bir şey gibi gözükmemektedir.

4.4.3 TÜSİAD Anayasa Önerisi

TÜSİAD “*Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu*” adlı çalışmasını, Anayasa önerisi olarak sunmuştur. TÜSİAD bu çalışmada temel hak ve özgürlüklerin evrensel bir anlayışla düzenlenip güvence altına alınmasını uygun görmüştür.

“*İnsan haklarına dayanan devlet*” ilkesinin yeni Anayasada vurgulanıp, temel hak ve özgürlüklerin bu ilke doğrultusunda devlet temelli değil, insan/birey temelli bir yaklaşımla düzenlenmesi gerektiği dile getirilmiştir.⁵⁰⁷ Genel Koruma başlığı adı altında, “*temel hak ve özgürlükler, yalnızca ilgili maddelerinde belirlenen sebep ve amaçların haklı kıldığı ölçüde, ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerin de de ifadesini bulan demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve bir hak ve özgürlüğün özüne dokunamaz*” şeklinde hak ve özgürlüklerin korunmasını formüle etmiştir.⁵⁰⁸

Maddenin gerekçesine bakıldığında 1961 Anayasası'nın 11., 1982 Anayasası'nın ise 13. Maddesine karşılık olarak tasarlandığı ifade edilirken, söz konusu taslağın bahse konu Anayasalardan farkının genel sınırlandırma nedeni olarak değil genel koruma nedeni olarak öngörüldüğü söylenmiştir.⁵⁰⁹

Böylece genel sınırlandırma nedeni olarak değil de genel koruma maddesi olarak öngörülen TÜSİAD'ın bu taslağı içerik bakımından sınırlamaya elverişli olmayan yaşama hakkı, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, dilekçe hakkı ve savunma

⁵⁰⁷ TÜSİAD, Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu, Mart 2011, İstanbul: Sis Matbaacılık, s. 17.

⁵⁰⁸ A. ŞAHİN, age., s. 147.

⁵⁰⁹ A. ŞAHİN, age., s. 147 vd.

hakkı gibi hak ve özgürlüklerin kendi nesnel alanları içerisinde sınırsız olduğunu ve sınırlanamayacağını ifade etmektedir.⁵¹⁰

TÜSİAD'ın yeni Anayasa önerisi, ilgili temel hak ve özgürlükleri düzenleyen genel sınırlandırma nedenlerinin, bazı maddelere serpiştirilmesiyle ortaya çıkan tutarsızlığın kaldırılması yönünde bir düzenlemenin, yeni Anayasada olması gerektiğini ifade etmiştir. İnsan haklarının uluslararası standartlara uygun olarak tanınması ve korunması amacıyla, insan haklarına koruma getiren sözleşmelerin yorumunda, uluslararası denetim mekanizmalarının vermiş olduğu kararlarının yerel yargı organlarınca dikkate alınacağı bir düzenlemenin yerinde olacağı düşünülmüştür.⁵¹¹

Aslında bu görüşün, TBB'nin Anayasa önerisinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini düzenleyen maddenin 4. fıkrası ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Her iki Anayasa önerisinin de, uluslararası organların yorumlarıyla temel hak ve özgürlüklerin güvencelemesini istemesi, bu benzerliği ortaya koymuştur. TÜSİAD bu benzerliğin yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin yargı organları dışında koruma mekanizmalarının oluşturularak korunması ve güvence altına alınması gerektiğini de ayrıca dile getirmiştir.⁵¹²

TBB'nin ve TÜSİAD'ın uluslararası koruma mekanizmalarının yorumlarıyla ilgili beklentilerinin, her sınırlandırma nedeni için uygun olmadığını daha önce dile getirmiştik. Fakat temel hak ve özgürlükleri koruma altına alan ve güvenceleyen uluslararası sözleşmelerin yorumu, demokrasi kavramı – demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük gibi ilkelerin tanımlanması ve uygulanış biçimleri açısından söz konusu organların yorumu, yerel yargı organlarınca değerlendirilebilir düşüncesindeyiz.

TÜSİAD'ın Anayasa önerisinde; Anayasanın 90. Maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğu hükmü ve uygulamada da yerel yargı organlarına yansımaması sorununun, yukarıda da ifade edilen söz konusu organların yorumlarıyla ortadan kalkacağı şeklinde gerekçelendirilme yoluna gidilmiştir.⁵¹³ Gerçekten de evrensel anlamda bazı değerlerin, uluslararası

⁵¹⁰ A. ŞAHİN, age., s. 149.

⁵¹¹ TÜSİAD, age., s. 18.

⁵¹² TÜSİAD, age., s. 17.

⁵¹³ TÜSİAD, age., s. 18.

güvence mekanizmalarının yorumlarıyla yerel mahkemelerimizin içtihatlarında süslenmesi hukuk devletinin gereğini yerine getirir. Hukuk devletinin egemen olduğu bir ülkede de, temel hak ve özgürlükler güvence ve koruma altına alınır. Ama önceki sayfalarda da dile getirdiğimiz gibi Türkiye'ye özgü değerlerin yorumlanmasında uluslararası organların yorumlarının uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

4.4.4 TOBB Anayasa Önerisi

TOBB'nin Anayasa Önerisi, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. Maddede, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında⁵¹⁴ *"herkes temel hak ve özgürlükleri kullanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdür. Temel hak ve özgürlükler yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebep veya amaçların zorunlu ve haklı kıldığı ölçüde ancak kanunla sınırlanır. Bu sınırlamalar, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde tanımlanan demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve bir hak ve özgürlüğün özüne dokunamaz. Sınırlama sebep ve ölçütlerin yorumlanmasında Türkiye koşullarının yanında Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarda öngörülen denetim organlarının kararları da göz önünde tutulur"* şeklinde olduğu görülecektir.

Maddenin birinci fıkrası değerlendirildiğinde; madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi bireyin hak ve özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüğüne helal getirmediği sürece geçerli olduğu ve adeta toplumsal yaşamdan doğan doğal bir sınırın varlığına işaret ettiği görülmektedir. İkinci fıkra ile maddenin genel koruma maddesi olarak düzenlenmesi hedeflenmiş, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddesinde belirtilen sebep ve amaçlarla sınırlanabileceğini vurgulayarak maddenin genel bir sınırlandırma maddesi olmasını engellemek istemiştir. Fakat YAZICI'nın da dediği gibi sınırlamayı çağrıştıracak bir başlığa sahiptir.⁵¹⁵

Üçüncü fıkranın içeriği irdelendiğinde, daha önceki konularımızda da değindiğimiz demokratik toplumda ve onun gerekleri kavramından ne anlaşılması gerektiği sorununa çözüm koymak istediği belirmektedir. Dolayısıyla uluslararası insan hakları

⁵¹⁴ A. ŞAHİN, age., s. 147.

⁵¹⁵ S. YAZICI, age., s. 98.

sözleşmelerinde tanımlanan demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını ölçüt olarak, 1961 Anayasası'nda ve 2001 değişikliği ile 1982 Anayasası'nda benimsenen hakkın özü kavramını da, hak ve özgürlüklerin korunması için zorunlu bir unsur olarak dile getirmektedir.

Maddenin son fıkrasına bakıldığında ise, TBB'nin 2001 ve 2007 Anayasa önerilerinde yer verilen ve denetim organlarının vermiş olduğu kararlarının göz önünde bulundurulması gerektiği düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. Madde gerekçesinde söz konusu düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütlerinde yer alan belirsiz kavramlardan bu denetim organlarının ne anladığını veya nasıl yorumladığının göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.⁵¹⁶

Söz konusu sivil toplum kuruluşlarının Anayasa önerilerini birlikte değerlendirecek olursak eğer; temel hak ve özgürlükler konusunda tabii hak anlayışının hâkim olduğu bir düzenleme ortaya konmuş, ardından da temel hak ve özgürlükler karşısında devletin pozitif yükümlülüğünün neler olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır.⁵¹⁷ O nedenle TBB'nin Anayasa önerisinde temel hak ve özgürlüklerin temelini “*insan onuruna saygı*” oluştururken, TESEV'in Anayasa önerisinde temel hak ve özgürlüklerin temelinde “*tabii hak anlayışı*” egemen kılınmıştır. TÜSİAD'ın Anayasa önerisine bakıldığında ise, temel hak ve özgürlüklerin temelini, “*insan haklarına dayanan devlet*” ilkesi oluşturmuştur.

TÜSİAD taslağına bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında genel bir sınırlama hükmünün yer almadığı, aksine genel bir koruma maddesinin olduğu görülmektedir. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma ölçütünü içermeyen fakat ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı ile öze dokunma yasağı gibi ölçütleri 2001 Anayasa değişiklikleri ile paralel bir şekilde benzerlik gösterdiği görülebilir.

TOBB'nin Anayasa taslağına, TÜSİAD taslağına yer alan ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öz güvencesi ölçütleri benzerlik göstermektedir. Yine TÜSİAD taslağına yer alan “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” kavramından ne

⁵¹⁶ Fıkranın olumlu veya olumsuz yönlerini belirten görüşlerimiz için **bkz.** s. 129 vd.

⁵¹⁷ S. YAZICI, age., s. 87.

anlaşılması gerektiği noktasında, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerce öngörülen ifadenin göz önünde bulunması şeklinde düzenlemiştir.

TBB'nin 14. Maddesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen madde başlığı ile TOBB'nin 2000 yılı Anayasa önerisinin 13. Maddesinin konu başlığının aynı olduğu görülmektedir. Yine maddelerin birinci fıkralarına yani TBB taslağının 14/1. Fıkrası ile TOBB taslağının 13/1. Fıkrasının içerikleri bir birinin tekrarı niteliğindedir. TBB'nin 2001 yılı Anayasa önerisinin ikinci fıkrasında yer alan “ kanunla sınırlamanın geçici olarak” yapılabileceği ifadesi bulunurken, 2007 Anayasa önerisinde bu düzenlemeden vazgeçilerek sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak “ancak kanunla” olabileceği şeklinde düzenlemeye gidildiği tespit edilmektedir.

2001 Anayasa değişiklikleri benzer biçimde ifade bulan TOBB ve TUSİAD Anayasa önerileri; demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve öze dokunma yasağı ölçütlerini içerik olarak barındırmaları nedeni ile TBB'nin Anayasa önerisiyle paralel çizgide yer almışlardır.

Bu dört çalışmanın temel hak ve özgürlükler açısından yeni Anayasadan beklentisi; devlet temelli değil, birey temelli hak ve özgürlüklere yaklaşılması gerektiği şeklinde olmuştur. Dolayısıyla her dört çalışma için temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmalarında, devlet otoritesi ile temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin özgürlükler lehine olacak şekilde, yeni Anayasada düzenlenmesi gerektiği ortak görüş olarak kabul edilmiştir.

5. SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin doğuşu, başlangıçta “Tanrı vergisi” görüşünü kabul eden doğal hukuk öğretisine dayanırken, zamanla -ki ikinci dünya savaşından sonra temel hak ve özgürlüklerin kapsamı daha da genişletilerek- gelişme kaydetmiş ve günümüz demokratik Anayasaların olmazsa olmaz bir parçası haline gelmiştir.

Hak ve özgürlüklerin Türk hukukunda gelişimi, 1808 tarihli Sened-i İttifak ile Padişah’ın yetkisinin ayanlar tarafından sınırlanması ile başlamıştır. Her ne kadar devletin otoritesini temsil eden padişaktan, sınırlı da olsa hak ve özgürlüğün alınarak belirli bir zümreye(ayanlara) verilmesi noktasında 1215 tarihli İngiliz *Magna Carta*’sı ile benzerlik gösterse de, Osmanlı’da hak ve özgürlüklerin başlangıcı açısından güzel bir gelişme olmuştur.

Bir devletin nasıl yönetileceğini, temel kurumların nasıl işleyeceğini belirleyen modern Anayasalarda, hak ve özgürlüklere geniş yer verilmesi ve devlet otoritesini temsil eden idarenin herhangi bir organına karşı bireyin hak ve özgürlüklerinin koruma altına alınması gelenek halini almıştır. Hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı ve bu sınırlamanın sınırlarının neler olacağı tek tek sayılma yöntemi ile Anayasalarda düzenleme bulmuştur.

1924 Anayasası hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını kanuna bırakmış ve yasa koyucunun keyfiyetine engel olacak bir güvence koyma gereksinimi hissetmemiştir. Bununla birlikte tepki Anayasası olarak ortaya koyulan 1961 Anayasası ile birlikte, ülkemizde ilk kez hak ve özgürlüklere geniş yer verilmiş ve 1924 Anayasası’nın içeriksiz özgürlük anlayışından vazgeçilerek, hak ve özgürlüklerin güvencelerle donatılması sağlanmıştır.

1961 Anayasa koyucusu tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturan “hakkın özü” ölçütü, Alman hukukundan alınarak kazandırılmıştır. Söz konusu ilke, uygulama yoğunluğu bakımından Türk AYM tarafından Alman Anayasa Mahkemesine göre daha fazla kullanılmıştır. Türk AYM tarafından belirginleştirilerek

tanımlanan “hakkın özü” ölçütü, öğreti tarafından alkışlanarak, dünya hukuk literatürüne katkısından dolayı takdir edilmiştir.

1961 Anayasası’nın özgürlükçü bir anlayışla düzenlenmesi, devlet otoritesi yerine bireyin hak ve özgürlüğünün ön planda olmasını sağlamıştır. Fakat toplumsal gelişmeler ve gençlik hareketleri neticesinde 1971 yılında yapılan değişikliklerle devlet otoritesi bireyin hak ve özgürlüğünden daha önce gelmeye başlamıştır. 1982 darbesi ile birlikte askeri vesayetin hiyerarşik bir düzenle yapmış olduğu 1982 Anayasası, 1961 Anayasası’nın yerini almıştır. 1982 Anayasası da hak ve özgürlükleri 1961 Anayasası gibi ayrıntılı bir şekilde düzenlese de, yapmış olduğu ayrıntıların içerisinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını “genel sebepler” adı altında geniş tutmuştur. Böylece 1961 Anayasası’nın özgürlükçü anlayışından, 1982 Anayasası’nın devletçi anlayışına geçilmiştir.

1982 Anayasası’nın 13. maddesinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma nedenlerinden genel sebepler, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte ortadan kaldırılmıştır. Anayasanın 13. maddesine “*hakkın özü*” ve “*ölçülülük*” ilkesi ile “*laik Cumhuriyetin gerekleri*” gibi yeni güvenceler getirilmesi uygun bulunmuştur. Böylece yeni hali ile 1982 Anayasası’ndaki temel hak ve özgürlükler, 1961 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklere vermiş olduğu güvencelerle aynı düzeyde bir güvenceye kavuşmuştur.

2001 değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası’nın 13. maddesinden kaldırılan genel sınırlama sebepleri, Anayasanın diğer hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerine serpiştirilerek özel sınırlama sebepleri içerisinde yer almasıyla sınırlamanın düzenlenme biçimi değişmiştir. Genel sınırlama sisteminden kademeli sınırlama sistemine geçilerek temel hak ve özgürlüklerde anlayış değişikliği kabul edilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği kimi maddelerinde serpiştirilen bu sınırlama sebepleri yer alırken, kimi maddelerinde ise hiçbir sınırlama sebebi konulmamıştır. Teferruatlı bir şekilde incelenmeden yapılan Anayasa değişikliği neticesinde, kimi hak ve özgürlüklerde sınırlandırılma sebeplerinin olmayışı, öğretide o hak ve özgürlüklerin sınırsız olup olmadığı noktasında tartışmalara yol açmıştır. Öğretinin genel kabul gören görüşü bir hak ve özgürlüğün sınırsız kullanımının mümkün olmadığı, o hak ve

özgürlüğün tümüyle sınırsız olabileceği şeklindeki bir yorumun imkânsızlıkla eşdeğer olduğu şeklinde dile getirilmiştir. Oysa düzenlenmesi gerekirken unutulmuş bu tür eksikliklerin, öğretiden tarafından zorlama yorumlarla bu sonuca varılmasına sebebiyet vermesi ve tartışmalarında hâlâ sürmesi Anayasanın yerinde bir kararla değil de, alelacele bir biçimde yapıldığını bize göstermiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı açısından devlet otoritesinin daha belirgin ve daha sert olması durumunda, bireyin sosyal hayatı hep baskı altında kalmıştır. Bunun karşılığında elbette ki hak ve özgürlüklerin aşırı serbestliği veya sınırsızlığı da hep anarşiyi doğurmuştur. Dolayısıyla devlet otoritesi ile bireyin hak ve özgürlüğünün dengesini ayarlama meselesi sorun olmuştur. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası'na bu açıdan bakıldığında; 1971 yılında yapılan değişiklikler neticesinde 1961 Anayasası'nda özgürlükler sınırlandırılarak devlet otoritesi egemen kılınırken, 2001 değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası'nda devlet otoritesi ile karşısında bireyin hak ve özgürlüğü dengeleştirilmek istenmiştir.

1982 Anayasası'nın kısaca temel hak ve özgürlükleri tanıyıp ardından onları yok etmeye varacak ve özünü zedeleyecek bir şekilde sınırlamalar koymasından sonra, 1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini düzenleyen 11. maddesinin özgün hali, Türk tarihinde hak ve özgürlüklerin en zirve noktasını temsil etmiştir.

Türkiye'deki Anayasal gelişmelere bakıldığında, temel hak ve özgürlükler açısından evrimci bir çizgi izlediği görülmüştür. 1971 yılı değişikliklerine kadar ki dönemde hak ve özgürlüklerin evrim çizgisi dikey yönlü, değişikliklerle birlikte tepe noktasından aşağı doğru düşey bir hal, daha sonraki dönemde yani 1982 Anayasası'nın yapılması ile birlikte bu çizgi sert aşağı yönlü olmuştur. 1982 Anayasası'ndaki 2001 Anayasal değişiklikleri ile temel hak ve özgürlüklerin evrim çizgisi tekrar yukarı yönlü yol kat etmiş, 1971 değişikliği öncesindeki tepe noktasını da geçerek insan onuruna yaraşır bir hal almıştır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler açısından söz konusu evrimci çizgi, sürekli dikey yönlü bir çıkış sergilememiş, inişli çıkışlı ama en sonunda insan onuruna yaraşır bir yol kat ettiği görülmüştür.

Hakkın özü ilkesi, milli güvenlik - kamu yararı gibi nedenlerle temel hak ve özgürlüklerin devlet otoritesini kullanan iktidarlar tarafından yok edildiğinin deneyimi Almanlar tarafından yaşanınca, ilk kez Alm. Anayasası'nda düzenleme bulmuştur. Bizde ise 1961 Anayasası ile ilk kez, 1982 Anayasası'ndaki 2001 Anayasal değişiklikleri ile birlikte *demokratik toplum düzeninin gerekleri* kavramı ile birlikte ikinci kez, temel hak ve özgürlüklerin sınırını düzenleyen Anayasal metinlerimizin arasına girmiştir.

Almanlar “*hiçbir şekilde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı*” mutlak olarak Anayasalarında kabul etmekle yetinmemişler, temel hak ve özgürlükleri aynı zamanda kullanıcısı olan bireye karşı da koruma mekanizması geliştirmişlerdir. Alm. Anayasası'ndaki bu mekanizmaya göre bireyin hak ve özgürlüklerini kötü kullanması durumunda, o kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin Alm. AYM tarafından kaldırılabilmesinin söz konusu olması kabul edilmiştir.

Hakkın özü ilkesi çoğu modern Anayasalarda yer almasına rağmen, belirgin ve keskinliği ifade edecek bir şekilde maalesef Anayasalarda düzenleme bulmamıştır. O yüzden temel hak ve özgürlüklerin özünün ne olduğu konusu tartışmalara neden olmuş, çözüm arayışına gerek Alman gerekse de Türk öğretisinin bir katkısı maalesef olmamıştır. Anayasa mahkemeleri hakkın özü noktasında kararlar vererek bu ilkenin evrensel anlamda gelişmesini sağlarken, öğretisi ise kararlarda yer alan hakkın özü tanımını kullanmaktan öte bir yol kat etmemiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen kanunsal metinlerin açıklığı ve belirginliği ön planda tutulmalıdır. Somut olan metinler; anlaşılır, farklı yorumlara kapalı ve herkes tarafından aynı şekilde algılanabilir ya da uygulanabilir olmalıdır. Aksi takdirde açık olmayan metinleri somutlaştırma görevi Anayasa Mahkemeleri tarafından yerine getirilmektedir. Elbette ki Anayasa Mahkemelerinin bu görevi yerine getirirken öğretinin de yardımcı olması gerekir. Çünkü mahkemelerin vermiş olduğu içtihatları denetlemek bir yerde öğretiye düşmektedir. Öğreti ile Anayasa Mahkemesinin vereceği ortak bir tanımlama, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen herhangi bir maddenin herkes tarafından aynı şekilde algılanmasına yol açar.

Her ülkenin bir hukuk anlayışının olması ve bu hukuk anlayışının evrensel anlamdaki hukuk anlayışı ile bağdaşması özlenilen bir durumdur. Oysa bir ülkede birden fazla hukuk anlayışının bulunması ise, Anayasanın öngördüğü hukuk devleti açısından istenmeyen ve asla kabul edilemeyen bir sorundur.

Öyle bir ülke düşünün kolluk kuvveti ölçülülük ilkesini yerine getirmeyip aykırı ve ayrımcı bir tavır sergilesin, hukukun üstünlüğüne inanmayan hatta öğretinin vermiş olduğu görüşü bile görmezden gelen adalet dağıtıcıları kollansın ve vermiş olduğu kararlar neticesinde ödüllendirilsin, tutuklama sürelerinin uzunluğunun AİHS'nin 6. maddesinde yer alan "adil yargılanma hakkının" ihlalini doğurduğunu bile bile bu uygulamaya devam edilmesine ses çıkarılmasın, sessizliğin ve adaletsizliğin hüküm sürdüğü ve temel hak kullanıcılarının hak ve özgürlüklerinin sınırını çizen ve güvenceleyen Anayasal metinlerin mahkemeler tarafından farklı yorumlandığı bu ülkede, sizce nasıl bir Anayasal düzen ortaya çıkar? O yüzden kanun metinleri soyut olmaktan uzak açık ve belirgin olmalıdır. Elbette kanun metinleri yorumlanabilmelidir, fakat birbirine tezat iki yorumu da barındıracak bir biçimde düzenleme bulmamalıdır.

2012 yılına girmiş olduğumuz şu dönemde sil baştan bir Anayasa yapımı çalışması yer almaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düzenleyen mevcut 1982 Anayasası'nın 13. madde içeriğinin tezimizin konusu olması nedeniyle, yeni yapılacak olan Anayasada hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi nasıl olması gerekir sorusunu ortaya atarak cevaplamamız gerekmektedir.

Genel sınırlandırma sebeplerinin Anayasanın ilgili maddelerin tümüne serpiştirilmemesinden dolayı, öğretilerde de birçok noktada tartışmalara neden olan aksaklığın ilk önce yeni yapılacak olan Anayasada giderilmesi gerekmektedir. Anayasanın ilgili maddelerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması çoğu Anayasa önerilerinde yaygın olarak kabul edilen ve bizimde uygun bulduğumuz bir görüştür. Böylece genel sınırlandırma nedenlerinin yeni Anayasada yer almaması ve temel hak ve özgürlüklerin ilgili özel maddesinde sınırlandırma hükümlerinin düzenlenmesiyle AİHS'ne uygun bir temel hak ve özgürlükler rejimi anlayışının yeni Anayasada olması sağlanacaktır. O yüzden sil baştan yeniden yapılması düşünülen Anayasa paketi içerisinde genel sınırlandırma nedenlerine yer verilmeyip aynı zamanda

öğretilerde tartışma konusu olan bu tutarsızlığın çözümlendirilmiş haline uygun bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Alm. Anayasası'ndan alınan temel hak ve özgürlüklerin özüne asla dokunulamayacağı ilkesinin, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi ile birlikte yeni Anayasa içerisinde yer alması, bu iki ilkenin birbirlerini destekler ve tamamlar ilke niteliğine bürünmesini sağlayacaktır. Yine bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılma işleminin düzenleyici bir işlem ile yapılması kesinlikle uygun görülmeyip, “*ancak ve ancak kanunla yapılması*” gerektiği güvencesinin yer alması yeni Anayasa için uygun gördüğümüz bir başka düzenleme olacaktır.

Tüm batılı devletlerin çeşitli hukuk dallarında yoğun bir şekilde kullanılan ölçülülük ilkesi de, yeni Anayasada olmazsa olmaz olarak gördüğümüz bir diğer ilkelerden biridir. Ölçülülük ilkesinin elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık gibi alt ilkelerinin olması, belirginlik ve kesinlik anlamında diğer ölçütlere nazaran daha kullanışlı olmasını sağlamıştır. Aynı zamanda hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkelerinden önceki alanda denetimin bu ilke ile sağlanması fırsatı, yeni Anayasada yer alması ile birlikte, AYM'nin denetimine kazandırılacaktır.

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesinin de yeni Anayasada yer alması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü laiklik ve Cumhuriyet ilkesinin Anayasanın diğer koruma madde metinlerinde -mesela değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen maddelerin içerisinde- yer alması gerektiğini düşündüğümüzden dolayı, ayrıca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını konu alan maddelerin içerisinde düzenlenmesini uygun görmemekteyiz. Böylece her temel hak ve özgürlük veya her temel hak kullanıcısı, “*Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk*” ilkesi gereğince, *laik Cumhuriyetin gereklerine* uygun olmak veya uygun hareket etmek zorunda olacaktır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, ilk önce Anayasanın laikleşmesi gerekir. Bu sebeple Anayasadan zorunlu din dersi uygulamasının kaldırılması gerekmektedir.

Çeşitli sivil toplum kuruluşlarının Anayasa önerilerinde de yer alan ve uluslararası sözleşmelerle kurulan organların içtihatlarının da, yerel yargı organlarıncaya dikkate alınması gerektiği şeklinde ki bir düzenlemenin, yeni Anayasada madde metinleri arasına girmesi kısmen uygun görülmüştür. Böyle bir düzenlemenin hukuk devleti

açısından elbette ki çok büyük katkıları olacaktır. Fakat Türkiye'ye özgü “*laiklik ve Cumhuriyet*” kavramlarının, söz konusu organların içtihatları ile Türk toplum veya devlet yapısına uyarlanması yerinde bir karar olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu organların içtihatlarının uyarlanması noktasında belirli bir sınırlama getirilmesi bu konuyla ilgili şerhimizi kaldırmamamıza neden olacaktır.

Ülkemizdeki süregelen ekonomik politikalara bakıldığında, orta sınıf hep yok edilmek istenircesine ekonomik önlemler ve programlar hükümetler tarafından uygulanmış veya bir şekilde küresel güçler tarafından uygulattırılmıştır. Dolayısıyla hükümetlerin sınırsız iç ve dış borç alma politikalarıyla ülke yönetilmiş, hatta yüksek düzeyde enflasyonist uygulamalarla yurttaşların gelecekleri ipotek altına alınmıştır.

Tüm bu gelişmeler hak ve özgürlüklerle ilgili kararların alınmasında farklı süreçlerin yaşanmasına, farklı karar alıcıların bu mekanizmaya dâhil olmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla bu olumsuz gelişmelerin önünü almak için, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak ekonomik politikaların da Anayasalara girmesi gerektiği yönünde görüşler dile getirilmeye başlanmış ve yerinde bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmıştır.

Kanaatimizce hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak makul ekonomik politikaların da güvenceler arasında yer alması gerekmektedir. Böylece ikinci dünya savaşı sonrasında sosyal ve ekonomik hakların ortaya çıkması ile genişleyen temel hak ve özgürlükler, yenedünya düzeninde yeniden şekillenerek, ekonomik politikalara getirilebilecek sınırlamalar da dâhil olmak üzere, her türlü güvencelerle donatılması sağlanmalıdır.

Özgürlüğün temel, sınırlamanın istisna olduğu bir anlayışla; **YENİ ANAYASAYA!**

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akad M. ve Dinçkol B.V., Ekim 2009. *Genel Kamu Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 5. Basım. İstanbul: Der Yayınları.
- Akad M. ve Dinçkol A., 1998. *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*. İstanbul : Alkım Yayınevi.
- Akal C. B. - Erözden O. vdğ., 2003. *İnsan haklarının tarihsel gelişimi*. İstanbul: Mısırlı Matbaacılık.
- Akın İ. F., 1979. *Kamu hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- Akın İ. F., 1964. *Temel hak ve özgürlükler*. İstanbul: Bahar Matbaası.
- Akkanat Z. G., 1995-1996. İnsan Hakları Yıllığı Dr. Muzaffer Sencere Armağan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İletişim Özgürlüğünün Sınırları*. C. 17-18.
- Aktan C., 2000. *Haklar ve özgürlükler antolojisi*. Ankara .
- Aldıkaçtı O., 1982. *Anayasa hukukumuzun gelişmesi ve 1961 Anayasası*. 4. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Aslan Z., 2005. *Anayasa teorisi*. Ankara: Seçkin.
- Atakan A., 2006. *Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve sınırlamanın sınırını oluşturan ölçütler*. Doktora Tezi. Marmara Üniv. Sos. Bil. Enst., İstanbul.
- Atar Y., *Türk Anayasa Hukuku*. En son Anayasa ve Mevzuat Değişiklikleri İşlenerek Güncelleştirilmiş 2. Baskı. Konya.
- Aybay R., 1963. *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

- Aydın N., 2008. *3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa değişikliklerinin temel hak ve hürriyetler üzerine etkileri*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Bakır Z. G., 2009. *Türk Anayasa Yargısında sosyal hakların korunması*. Kocaeli: Kuban Matbaacılık Yayıncılık.
- Batum S., Nisan 2011. *Anayasa ve İnsan 99 Soruda Çağdaş Anayasa*. 3. Baskı. İstanbul: Yazın Basın Yayın Matbaa.
- Çağlar B., 1989. *Anayasa Bilimi*. İstanbul : BFS Yayınları.
- Çavuşoğlu N., 1994. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda temel hak ve hürriyetler üzerine*. Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- Çelik C., 2010. *Olağanüstü hal ve temel hak ve hürriyetler*. Ankara: Seçkin.
- Çüçen A.K., Ocak 2011. *İnsan Hakları*. Bursa : MKM. Yayıncılık.
- Dinçkol B. V., 2001. *Atatürk Devrimi*. İstanbul: Der Yayınları.
- Dinçkol B. V., 1991., *1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No:103.
- Erdinç T., Ekim 2010. *İnsan odaklı devlet ve özgürlük öncelikli Anayasa*. İstanbul: 12 Levha.
- Erdoğan M., 2005. *Anayasa Hukuku*. Orion Yayınevi.
- Eren A., Şubat 2004. *Özgürlüklerin kullanılmasında demokratik toplum düzeninin gerekleri*. İstanbul: Beta.
- Eroğul C., 2010. *Anatüzeğe Giriş*, Gözden Geçirilmiş 11. Bası. Ankara: imaj Yayınevi.
- Gören Z., 2005. *Anayasa hukuku*. Seçkin Yayıncılık.
- Gören Z., 2000. *Temel Hak Genel Teorisi*, Geliştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

- Gözler K., Haziran 2011. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. C. 1. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler K., Haziran 2011. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*.C. 2. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük A. Ş., Ağustos 2008. *Anayasa Hukuku(Anayasa Metni ve 11. Protokole göre hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)*. 16. Bası. Turhan Kitabevi.
- Hakyemez Y.Ş., Eylül 2011. Yeni Anayasada insan haklarının genel rejimi. *SDE Analiz*. Stratejik Düşünce Enstitüsü.
- Hakyemez Y.Ş., 2001. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. yaş günü armağanı*. C. 2, İstanbul: Beta.
- Hazır H., Ekim 2004. *Anayasa Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Alter Yayınları-1.
- Kaboğlu İ. Ö., 2006. *Anayasa hukuku dersleri*. 3. Baskı. İstanbul: Legal.
- Kaboğlu İ. Ö., 2002. Türkiye’de Anayasal Reformlar Üzerine. *Anayasa reformları ve Avrupa Anayasası uluslararası toplantı*. TBB. Şen Matbaacılık.
- Kalabalık H., Mart 2009. *İnsan Hakları Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin.
- Kanadoğlu O. K., Şubat 2000. *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal değerlerin çatışması ve uyumlaştırılması*. 1. Bası. İstanbul: Beta.
- Kapani M., 1993. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kapani M., 1976. *Kamu Hürriyetleri*. AÜHF Yayınları, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Kayar N., 2004. “İki Anayasa 1961 – 1982 : Temel Hakların Özünü ve Anayasa Mahkemesi Kararları. *Bülent Tanör armağanı*. İstanbul: Legal.
- Korkusuz M. R., 1998. *Uluslararası belgelerde ve Türk Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler*. İstanbul.

- Kuzu B., 1995-1996. İnsan Hakları Yıllığı Dr. Muzaffer Sencere Armağan. *Düşünceleri Açıklama Hürriyeti*. C. 17-18.
- Küzeci E., 2010 Haziran. *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Turhan.
- Memiş E., 1998. *Türk Anayasa gelişimleri süreci(Anayasa hukuku notları)*. İstanbul.
- Metin Y., 2002. *Ölçülülük İlkesi(Karşılaştırmalı Bir Anayasa İncelemesi)*. Ankara: Seçkin.
- Mumcu A. ve Küzeci E., 2011. *İnsan hakları ve kamu özgürlükleri*. 5. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Müderrişoğlu F., 1977. *Anayasal Hak ve Özgürlükler. Onar armağanı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Oğurlu Y., 2001. AİHS Uygulamasında Ölçülülük İlkesi. *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniv. Yayını.
- Oğurlu Y., 2001. AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi. *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniv. Yayınları.
- Özbudun E., 2002. *2001 Anayasa değişiklikleri ve siyasal reform önerileri*. İstanbul: TESEV Yayınları.
- Öztürk K., 1966. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*. C.2. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Sabuncu Y., 2009. *Anayasaya Giriş*. Yenilenmiş 14. Bası. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Sabuncu Y., Şubat 2007. *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmaj Yayınevi
- Sağlam F., 2011. 21. Yüzyılın Başında İnsan Haklarını Korumada Karşılaşılan Sorunlar. *Hukuk Devleti ve Terör*. İstanbul : Maltepe Üniv. İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve Unesco Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları : 3.

- Sağlam F., 2002. Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 2001 Anayasa Değişikliği ve TBB Anayasa Önerisi. *Anayasa reformları ve Avrupa Anayasası uluslararası toplantı*. TBB. Şen Matbaacılık.
- Sağlam F., 1982. *Temel hakların sınırlanması ve özü*. Ankara: AÜSBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basım Evi.
- Sancar M., 2000. *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Savaş V., *İrtica ve Bölücülüğe Karşı Militan Demokrasi*, Genişletilmiş 13. Bası, 2001, Ankara : Bilgi Yayınevi.
- Savaş V., *Militan Atatürkçülük*. 3. Basım. Aralık 2001. Ankara: Bilgi Yayınevi.
- Savcı B., 1968. *Hürriyetler üzerine düşünceler*. Ankara: Minnetoğlu Kitabevi.
- Serozan R., 1982. Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları. *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın anısına armağan*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Sezer A. - Kırte E. - Boyar O., 2003. *Hukuk Devleti*.
- Soysal M., 1987. *100 Soruda Anayasanın anlamı*. İstanbul: Gerçek.
- Şahin A., 2010. *Türkiye'de Anayasalarda ve Anayasa Taslaklarında İnsan Hakları (Karşılaştırmalı Olarak)*.Ankara : Yetkin Yayınları.
- Şakar M., 1994. *1982 Anayasası ve önceki Anayasalar*. 3. Baskı. İstanbul: Beta.
- Şanlı C., Kasım 1997. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre temel hak ve özgürlüklerin korunması, demokratik hukuk devletinde temel hak ve hürriyetler*. İstanbul: İlim Yayıma Cemiyeti.
- Tanilli S., Eylül 1990. *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, 6. Bası, İstanbul: Say.
- Tanör B., 1969. *Anayasa Hukuku Meseleleri Temel Hak ve Hürriyetler Rejimi ve Anayasa Yargısı*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Tanör B. ve Yüzbaşıoğlu N., 2009. *1982 Anayasası 'na göre Türk Anayasa Hukuku*. 9. Bası. İstanbul: Beta.
- Tanör B. ve Yüzbaşıoğlu N., Mart 2004. *1982 Anayasası 'na göre Türk Anayasa Hukuku(2001 Anayasa Değişikliklerine Göre)*. 5. Baskı. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Tbb, Kasım 2007. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi – Geliştirilmiş Gerekçeli Metin-*. 4. Baskı.
- Tesev, *Türkiye 'nin Yeni Anayasasına Doğru*. İstanbul: Tesev Yayınları.
- Tunaya Z., 1982. *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*. 5. Bası. İstanbul : Evrim Matbaası.
- Tunç H.– Bilir F.– Yavuz B., 2009. *Türk Anayasa Hukuku*. 1. Bası.
- Turhan M., Şubat 2006. İsaiah Berlin'in iki özgürlük kavramı. *Özgürlükler düzeni olarak Anayasa Fazıl Sağlam 65. yaş armağanı*. Ankara: İmaj Kitabevi.
- Türk H. S., Kasım 2003. *Daha İyi Bir Anayasa İçin...* . Tesav Yayınları No:25.
- Tüsiad, Mart 2011. *Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu*. İstanbul: Sis Matbaacılık.
- Uygun O., 1992. *1982 Anayasası 'nda temel hak ve özgürlüklerin genel rejimi*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Ünal Ş., 1997. *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Üzeltürk S., Mayıs 2004. *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*. 1. Bası. İstanbul: Beta.
- Vuraldoğan K., 2007. *2001 Anayasa Değişikleri Işığında 1982 Anayasası 'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

- Yayla Y., 1979. Anayasa Mahkemesine G6re Cumhuriyetin 6z6. *Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*. İstanbul.
- Yazıcı S., Haziran 2009. *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve T6rkiye Seğkincilikten Toplum S6zleşmesine*. 1. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 250.
- Yokuş S., 2002. *AIHS. 'nde ve 1982 Anayasası 'nda hak ve 6zg6rl6klerin k6tiye kullanımı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Y6ce T. T., 1974. Temel hakların 6z6 kavramı ve sınırlanması problemi. *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*. Ankara 6niv. Huk. Fak. Yayınları. No: 351. Ankara.
- Y6zbaşıoğlu N., 2003. 2001 Anayasa Değişiklikleri 6zerinde Bir Değerlendirme. *Anayasa ve uyum yasaları*. 1. Baskı. T6rkiye Barolar Birliği Yayınları.

Sürekli Yayınlar

Aktel M., Yıl: 1998. Tanzimat Fermanı'nın toplumsal yansıması. *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*. (3) .Güz.

Aliefendioğlu Y., Yıl : 2002. 2001 Yılı Anayasa değişikliklerinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında getirdiği yeni boyut. *AYD*. 19.

Aliefendioğlu Y., Yıl: 1991. Temel hak ve özgürlükler açısından Anayasa Yargısı. *Amme İdaresi Dergisi*. 24(1)

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

Arslan Z., Yıl: 2002. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. maddesi üzerine bazı düşünceler. *AYD*. 19.

Aslan Z., 1992-1993. Temel hak ve özgürlüklerin yürütme organına karşı korunması. *İstanbul Üniv. İletişim Fak. Dergisi*.

Atasoy Ö. A., Yıl: 2002. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yeni bir kavram: ölçülülük ilkesi ve yasa uygulayıcılar açısından uyma zorunluluğu. *AYD*. 19.

Aybay R., Nisan 2001. *İnsan Haklarının Gelişimi*. Yuvarlak Masa Çalışmaları. 1. Basım. Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları. Ankara: Tübitak Matbaası.

Bozkurt T., Kış 2008. Haklarında özel sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sorunsalı: özellikle "sözleşme hürriyeti" açısından durum. *Ankara Barosu Dergisi*. Yıl: 66. (1).

Bulut N., Yıl: 2008. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırma nedeni olarak genel ahlak. *Atatürk Üniv. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 2000. 4(1-2).

Bulut N., Haziran 2008. Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin gelişimi açısından 1909 Anayasa değişikliklerinin önemi. *Atatürk Üniv. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*. Yıl: 2008. 12(1-2).

- Duran L., Yıl: 1964. İdare alanının düzenlenmesinde teşrii ve tanzimi tasarrufların sınırları. *İHFM*. 30(3-4).
- Efe M. T., Ocak 1997. 1982 Anayasası'na göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması. *Askeri Adalet Dergisi*. Yıl: 25(98).
- Eren A., 2002. 2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında 13. maddeye ilave edilen “Laik Cumhuriyetin gerekleri” yönündeki değişikliğin anlamı ve sonuçları., *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (3).
- Eroğul C., Altıncı Anayasa değişikliği. *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*. 25(231).
- Fendoğlu H.T., Yıl: 2004. 2001 Anayasa değişikliği bağlamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması (AY. md.13.). *AYD*. 21.
- Giritli İ., Yıl:2002. 2001 Anayasa değişikliklerinin temel hak ve özgürlüklere yansımaları. *AYD*. 19.
- Gören Z., Güz 2007/2. Temel hakların sınırlanması-sınırlamanın sınırları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. Yıl:6. (12).
- Gözler K., 2001. Anayasa değişikliğinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından getirdikleri ve götürdükleri(Anayasanın 13'üncü maddesinin yeni şekli hakkında bir inceleme). *Ankara Barosu Dergisi*. Yıl : 59. (2001/4).
- Gözler K., 2002. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği. *AYD*. 19.
- Hakyemez Y. Ş., 2002. Temel hak ve özgürlüklerde objektif sınır kavramı ve düşünce özgürlüğünün objektif sınırları. *AÜSBF Dergisi*. 57(2).
- İlal E., Yıl: 1968. Magna Carta. *İHFM*. 34(1-4).
- Kaboğlu İ. Ö., Yıl: 1994. Hak ve özgürlükler anlayışındaki gelişmelerin Anayasa'ya yansıtılması sorunu. *AYD*. 21.

- Keskin S., Yıl: 2002. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin Anayasal değişiklikler. *İHFM*. 60(1-2).
- Kili S., Yıl: 1984. Temel hak ve özgürlükler yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları. *AYD*. 1.
- Kili S., - Gözübüyük Ş., Eylül 2006. *Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*. 3. Baskı. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Köküsarı İ., Yıl: 2011. Hak arama özgürlüğü ve 2010 Anayasa değişiklikleri. *GÜHFD*. 15(1).
- Kuzu B., 1994. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının insan hakları açısından karşılaştırmalı olarak incelenmesi. *İHFM*. LIV.
- Lerche P., Yıl: 1971. Alman Anayasa hukukunun sorunları. Çevr: İ. YAZMAN. *AÜHFD*. 28(1).
- Machacek R., Yıl: 1992. Temel hak temini ile politika arasındaki gerilimli alanda Anayasa Yargısı. *AYD*. 9.
- Mumcu A., Nisan 2001. *İnsan Haklarının Gelişimi*. Türkiye’de İnsan Haklarının Dünü ve Bugünü. 1. Basım. Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları. Ankara: Tübitak Matbaası.
- Niray N., Şubat-Nisan 2003. 2001 Yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin hak ve özgürlüklere yansımaları. *Akademik Araştırmalar Dergisi*. Yıl:4. (16).
- Örücü E., 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine göre hakkın özü kavramı ve mülkiyet hakkının özü. *İHFM*. 41(3-4).
- Özek Ç., Yıl: 2002. İnsan hakları kavramında yeni anlayış ve sınırlamalar. *İHFM*. 60(1-2).
- Özek Ç., Yıl: 1961. Türk Anayasa hukukunda Laiklik kuralı ve gelişimi. *İHFM*. 27(1-4).

Sağlam F., Yıl: 2002. 2001 Anayasa değişikliğinin yaratabileceği bazı sorunlar ve bunların çözüm olanakları. *AYD*. 19.

Sağlam M., Yıl 2002. Ekim 2001 Tarihinde yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında düzenlendikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorunu. *AYD*. 19.

Soysal M., Yıl: 1986. İnsan hakları açısından temel hak ve özgürlüklerin niteliği. *AYD*. 3.

Şimşek O., 2003. Federal Almanya Anayasa Hukuku'nda Temel Hakların Düşmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sos. Bil. Enst. Derg.* 5(1).

Tülen H., 3.10.2001 Tarihli ve 4709 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri üzerine genel bir değerlendirme, *Erz. Huk. Fak. Der.* V(1-4).

Türmen R., Ocak-Nisan 2002. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ve sınırlamaları. *Yargıtay Dergisi*. 28(1-2).

Ünal Ş., Yıl:1994. Anayasa hukuku ve milletlerarası sözleşmeler açısından temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması. *AYD*. 11.

Yetkin Ç., Yıl: 2002. Anayasa Değişikliklerinin hak ve özgürlüklere olumsuz etkileri. *AYMD*. 19.

Yıldırım T., Ocak - Haziran 1991. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında "sınırlamanın sınırı". *AÜSBF Dergisi*. 46(1 -2).

Yokuş S., Avrupa Birliği'ne uyumda siyasi kriterler doğrultusunda Türkiye'de Anayasal ve yasal dönüşüm çabaları. *İHFM*. 61(1-2).

Diğer Yayınlar

Akşin S., *Sened-i İttifak ile Magna Carta'nın karşılaştırılması.*

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/18/22/83.pdf> , [22 Nisan 2011].

Anayurt Ö., *1924 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler.*

www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_7.pdf, [24 Nisan 2011].

Armağan S., *Türk Anayasa hukukunda temel hakların düzenlenmesi ve sınırlandırılması.*

<http://profservetarmagan.blogcu.com/TEMEL+HAKLAR>. [19 Ocak 2011].

Can O., *Anayasa değişiklikleri ve düşünceyi açıklama özgürlüğü.*

<http://www.setav.org/public/BilgiBelgeDetay.aspx?Dil=tr&dtur=13030&q=hukuk-insan-haklari>. [10 Ocak 2012].

Can O., *1982 Anayasası'nın temel hak anlayışı ve evrimi.*

<http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/duyurular/BGBvP/OsmanCan.pdf> .

[24 Haziran 2011].

Ceylan A., 2008. *Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi.* Yayınlanmamış Yüksek Lisans

Tezi. Gazi Üniv. Sos. Bil. Enst.. Ankara.

Çelik C., 2010. *Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması.*

Gazi Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara.

Çiçek C., 2003. *Çağdaş ve Sivil Anayasa.* Panel. Adıyaman: TBB Yayınları. Şen

Matbaa.

Friedrich Ebert Stiftung Derneği'nin Düzenlemiş Olduğu Bir Panel. *Alman Anayasası*

60 Yaşında "Temel hakların korunması ve Anayasal denetim".

<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/tuerkei/07089.pdf>, [17 Aralık 2011].

Gözler K., *1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetler konusundaki temel yaklaşımı.*

www.anayasa.gen.tr/temelhakvehurriyetler.htm, [07 Ocak 2011].

Kaboğlu İ. Ö., 2003. *Çağdaş ve Sivil Anayasa.* Panel. Adıyaman: TBB Yayınları. Şen

Matbaa.

Kılıçoğlu M. ve Şenocak K, *İŞ güvencesinde ölçülülük ilkesinin içeriği ve ultima-ratio prensibinin ölçülülük ilkesi içerisindeki konumu.* <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, [09 Ocak 2012].

Koçak M., *Düşünce açıklama ve yayma özgürlüğünün bir sınırlama nedeni olarak Cumhuriyetin nitelikleri.* <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, [20 Ocak 2011].

Okur N., 2002. *4709 Sayılı Yasa İle Getirilen Düzenlemeler IŞığında 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve zgrlklerin Sınırlanması.* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniv. Sosyal Bil. Enst., Ankara.

zok ., 2003. *ađdaŐ ve Sivil Anayasa.* Panel. Adıyaman: TBB Yayınları. Şen Matbaa.

Yrk S., *Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin GG. 19.si ile ilgili kararları.* <http://profservetarmagan.blogcu.com/F+ALMANYA+ANAYASA+MAHKEMESI+KARARI>, [19 Ocak 2011].

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html [01 Mayıs 2011].

<http://tdkterim.gov.tr> [08 Mayıs 2011].

<http://www.anayasa.gov.tr> [03 Ocak 2011].

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1961.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1924.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1921.

