

T.C.  
DUMLUPINAR ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

146155

Yüksek Lisans Tezi

03.10.2001 TARİHLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN TEMEL HAK  
VE HÜRRİYETLER ÜZERİNE ETKİLERİ

Danışman

Prof. Dr. Mehmet Sami DENKER

146155

Hazırlayan

Nizamettin AYDIN

0191030102


Kütahya - 2004

## YEMİN METNİ

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri” adlı çalışmamın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım kaynakların kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunları atıf yapılarak yararlanmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

29/10/2004

Nizamettin AYDIN



## Kabul ve Onay

Nizamettin AYDIN'ın hazırladığı "03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri" başlıklı Yüksek Lisans tez çalışması, jüri tarafından lisansüstü yönetmeliğin ilgili maddelerine göre değerlendirilip kabul edilmiştir.

04.15.2004

### Tez Jürisi

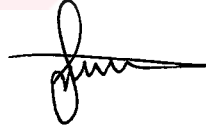
Prof. Dr. Enver BOZKURT



Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

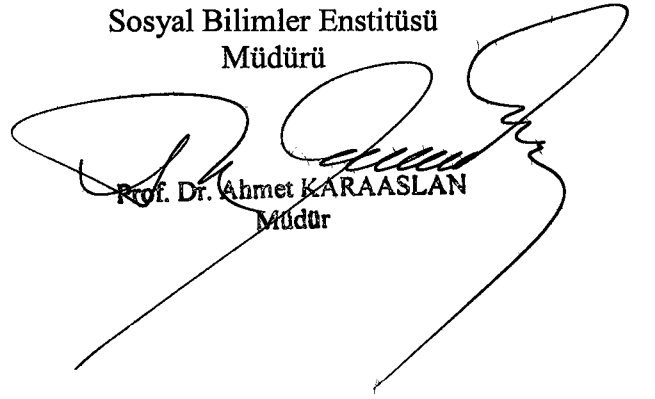


Yrd. Doç. Dr. Hasan DURAN



Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Müdürü

Prof. Dr. Ahmet KARAASLAN  
Müdür



## ÖZGEÇMİŞ

10.04.1974 tarihinde Trabzon'nun Beşikdüzü ilçesinde doğdu. İlk orta ve lise öğrenimini 1980-1991 yılları arasında Bafra'da tamamladı. 1991-1993 yılları arasında Dokuz Eylül Üniversitesi İzmir Meslek Yüksek Okulu Teknik Programlar Bölümü Elektrik Programında tamamladı. Lisans öğrenimini, 1995-1999 yılları arasında Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi'nde tamamladı. 2000 yılında Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak akademik hayatına başladı. Halen bu görevini sürdürmektedir.



## ÖZET

Anayasalar, bir devletin temel yapısını, organlarını, organların birbirleri ile olan ilişkilerini ortaya koyan belgeler olmalarının yanı sıra, kişilerin, doğumla kazandıkları hak ve hürriyetleri tanıyan ve koruma altına alan üstün hukuk belgeleridir.

Asli kurucu iktidar sahiplerinin istekleri doğrultusunda şekillenen Anayasalar, hayat buldukları dönemin izlerini taşırlar. Dönemin baskın şartları, anayasaların gelecekle olan bağlarını kopartmalarına ve insan ihtiyaçlarının demokratik toplumlarda olduğundan daha düşük nitelikte karşılanması sonucunu doğurmaktadır. Toplum, gelişen sosyal, ekonomik, siyasal ve teknolojik belirleyiciler sayesinde, dünyanın diğer bölgelerinde yaşayan hemcinslerinin sahip olduğu hak ve hürriyetlerden haberdar olmaktadır. Zamanla, insanlar, söz konusu hak ve hürriyetlerin korumasından kendilerinin de faydalanması gerektiği yönündeki isteklerini siyasi iktidara çeşitli vasıtalarla iletmislerdir. Gelişen ve değişen ihtiyaçların yönlendirdiği bu istekler karşısında kayıtsız kalamayan siyasi iktidarlar, gündemlerine zaman zaman anayasa değişikliklerini almışlardır. 1982 Anayasası da bu gelişmelerden payına düşeni almıştır.

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği günden bugüne toplumun bir çok kesiminin ağır eleştirilerine hedef olmuştur. Buna bağlı olarak anayasa değişiklikleri ülke gündeminden hiç düşmemiştir. 1982 Anayasasında 2001 değişikliklerine gelinceye kadar 1987, 1993, 1995 ve 1999 yıllarında olmak üzere toplam beş değişiklik yapılmıştır. Altıncı değişiklik olan 2001 değişiklikleri, şimdiye kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısıdır. Anayasanın muhtelif maddelerini kapsayacak toplam 35 maddede değişiklik yapılmıştır. Bu çalışmamızda, 2001 Anayasa değişikliklerinin, temel hak ve hürriyetlere bakan yönü incelenmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile, Anayasanın ikinci kısmında düzenlenen, “genel esaslar”, “kişinin hakları ve ödevleri”, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” ile “siyasi haklar ve ödevler” başlığı altında düzenlenen hak ve hürriyetlerin bazılarında değişikliğe gidilmiştir. 2001 değişiklikleri ile, Anayasanın, başlangıç kısmında, 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 31, 33, 34, 36, 38, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69 ve 74. maddeleri çeşitli şekillerde değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişiklikler, temel hak ve hürriyetler açısından ne gibi farklılıklar getirdiği inceleme konusu yapılmıştır.

### ABSTRACT

The Constitutions are the legal documents which expose the fundamental structure bodies and the their interwoven relations as well as recognizing and maintaining inborn rights and liberties obtained by the individual.

The constitutions which are being shaped for the sake of the claims of principal founder power owners pursuing the traces of the period when they have emerged. The dominant conditions of the period have resulted in breaking the futuristic linkages of the Constitutions and, thus, meeting the human necessities of democratic societies in less qualified manner. The society may have been aware of the rights and liberties of their species within different regions of the world by means of the developing social, economic, political and technological parameters. By the lapse of time, people demanded to use the rights and liberties which they have been deprived from the political power by implementing the different means. The political powers who could not be insensitive for these claims evolving and transforming in accordance with the conjunctural needs and attempted to set the constitutional amendmens to their agendas. 1982 Constitution is also subjected and influenced from these motifs.

1982 Constitution have been criticised by the different levels of the society in many respects since the date when it entered into enforcement. Depending upon the constitutional amendmens, we can mention 5 changes as 1987, 1993, 1995 and 1999 as well as 2001 as an agenda of the country. 2001 amendmens as a sixth one is the most inclusive covering different 35 articles of the Constitution. In our study, we have focused on the basic rights and freedoms of 2001 Constitutions.

Whih the 2001 Constitutional amendmens, regulating on the second part of the Constitution, concerned with the titled subjects on the “general principles”, “the rights and the duties of individual”, “social and economic rights and duties”, “political rights and duties”. With the 2001 Constitutional amendmens, on the Preamble of the Constitution, the articles 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69 and 74 were partially changed. Aforementioned amendmens have been studied in respect of fundemental rights and freedoms.

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa

ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
KISALTMALAR.....	xii
TEZ HAKKINDA.....	xiii
GİRİŞ.....	xvi

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ANAYASA, ANAYASA YAPMA VE DEĞİŞTİREBİLME İKTİDARLARININ TANIM VE ÖZELLİKLERİ

1.1. ANAYASA KAVRAMI .....	2
1.1.1. Maddi ve Şekli Anlamda Anayasa .....	3
1.1.2. Çerçeve ve Düzenleyici Anayasa .....	4
1.1.3. Yumuşak ve Katı Anayasa.....	6
1.2. ANAYASA YAPMA, DEĞİŞTİREBİLME YÖNTEM VE İKTİDARI.....	8
1.2.1. Hiyerarşik Yöntem .....	8
1.2.2. Organik Yöntem .....	10
1.2.3. Sözleşme Yöntemi.....	11
1.2.4. Kurucu İktidar .....	12
1.2.4.1. Asli Kurucu İktidarın Tanımı ve Hukuki Niteliği .....	13
1.2.4.2. Asli Kurucu İktidarın Ortaya Çıkma Halleri .....	15
1.2.4.3. Tali Kurucu İktidarın Tanımı ve Hukuki Niteliği .....	17
1.2.4.4. Tali Kurucu İktidarın Anayasayı Değiştirebilme Sorunu.....	19
1.3. TÜRKİYE’DE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SÜRECİ .....	25
1.3.1. Teklif .....	26
1.3.2. Görüşme .....	30
1.3.2.1. Anayasa Komisyonunda Görüşme .....	30
1.3.2.2. TBMM Genel Kurulunda Görüşme.....	32
1.3.3. Karar .....	34
1.3.4. Onay ve Halk Oylaması .....	36

## İKİNCİ BÖLÜM

### **TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER – ANAYASA İLİŞKİSİ VE 1982 ANAYASASININ DEĞİŞTİRİLME ZORUNLULUĞUNU ORTAYA ÇIKARAN DİNAMİKLER**

2.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE .....	42
2.1.1. Hak ve Hürriyet Kavramı.....	42
2.1.2. İnsan Hakları .....	45
2.1.3. Temel Hak ve Hürriyetler Kavramı.....	45
2.2. GENEL OLARAK TEMEL HAK VE HÜRRİYET ANAYASA İLİŞKİSİ .....	47
2.3. 1982 ANAYASASINDA TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN KÖKENİ .....	49
2.4. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIRLILIĞI VE SINIRLANMASI .....	50
2.4.1. Anayasal Sınırlar.....	51
2.4.2. Nesnel (Objektif) Sınırlar.....	52
2.4.3. İçkin Sınırlar.....	52
2.5. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIFLANDIRILMASI.....	53
2.5.1. Jellinek'in Sınıflandırması .....	53
2.5.1.1. Negatif Statü Hakları .....	53
2.5.1.2. Pozitif Statü Hakları.....	54
2.5.1.3. Aktif Statü Hakları.....	54
2.5.2. 1982 Anayasasının Sınıflandırması .....	54
2.5.2.1. Kişi Hak ve Ödevleri .....	55
2.5.2.2. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler .....	55
2.5.2.3. Siyasi Haklar ve Ödevler.....	56
2.6. 1982 ANAYASASININ DEĞİŞTİRİLME ZORUNLULUĞUNU ORTAYA ÇIKARAN DİNAMİKLER .....	56
2.6.1. SOSYAL, EKONOMİK VE SİYASAL FAKTÖRLER .....	56
2.6.2. TEKNOLOJİK GELİŞMELER .....	59
2.7. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİNİ GÜVENCE ALTINA ALAN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN İÇ HUKUKUMUZDAKİ YERİ VE ETKİLERİ.....	61
2.7.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.....	63



2.7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	65
2.7.3. Avrupa Sosyal Şartı .....	73
2.8. AVRUPA BİRLİĞİ İLE İLİŞKİLER VE UYUM SÜRECİ .....	78
2.8.1. Kopenhag Kriterleri.....	78
2.8.2. Helsinki Zirvesi.....	80
2.8.3. 2000 Katılım Ortaklığı ve Uyum Yasaları .....	81
2.9. DEĞİŞEN TOPLUMSAL KOŞULLAR.....	84

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### **3 EKİM 2001 TARİHLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERE KAZANDIRDIĞI YENİ BOYUT VE BU YENİ BOYUTUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

3.1. 1982 ANAYASASINDAKİ DAHA ÖNCEKİ DEĞİŞİKLİKLER .....	87
3.1.1. 17.05.1987 Tarihli Anayasa Değişikliği .....	87
3.1.2. 08.07.1993 Tarihli Anayasa Değişikliği .....	88
3.1.3. 27.07.1995 Tarihli Anayasa Değişikliği .....	88
3.1.4. 18.06.1999 Tarihli Anayasa Değişikliği .....	93
3.1.5. 13.08.1999 Tarihli Anayasa Değişikliği .....	94
3.2. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SÜRECİ VE KİŞİ HAK VE HÜRRİYETLERİYLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLERİN GENEL BİR DEĞERLENDİRMESİ .....	95
3.2.1. Anayasanın Başlangıç Kısmında Yapılan Değişiklik .....	98
3.2.2. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması .....	100
3.2.2.1. Temel Hak ve Hürriyetlerinin Sınırlandırılmasının Sınırı.....	105
3.2.2.1.1. Sınırlama Kanunla Yapılmalı .....	106
3.2.2.1.2. Sınırlama Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olmalı.....	107
3.2.2.1.3. Sınırlama Anayasanın İlgili Maddesinde Belirtilen Özel Sebeplere Dayanmalı .....	108
3.2.2.1.3.1. Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğünün Korunması .....	109

3.2.2.1.3.2. Milli Güvenliğin Korunması.....	110
3.2.2.1.3.3. Kamu Düzeninin Korunması .....	110
3.2.2.1.3.4. Genel Sağlığın Korunması.....	111
3.2.2.1.3.5. Genel Ahlakın Korunması .....	111
3.2.2.1.3.6. Yeni Sınırlama Nedenleri.....	112
3.2.2.1.4. Sınırlama Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmamalı .....	113
3.2.2.1.5. Sınırlamanın Temel Hak ve Hürriyetlerin Özlerine Dokunmaması.....	115
3.2.2.1.6. Sınırlama Laik Cumhuriyetin Gereklere Aykırı Olmamalı .....	116
3.2.2.1.7. Sınırlamanın Ölçülülük İlkesine Aykırı Olmamalı ...	117
3.2.3. Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılması .....	119
3.2.4. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği.....	119
3.2.5. Özel Hayatın Gizliliği.....	121
3.2.6. Konut Dokunulmazlığı.....	123
3.2.7. Haberleşme Hürriyeti .....	125
3.2.8. Yurt Dışına Çıkma Hürriyeti .....	126
3.2.9. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti.....	127
3.2.10. Basın Hürriyeti.....	128
3.2.11. Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Haberleşme Araçlarından Yaralanma Hakkı.....	129
3.2.12. Dernek Kurma Hürriyeti .....	130
3.2.13. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı .....	131
3.2.14. Adil Yargılanma Hakkı .....	133
3.2.15. Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar .....	134
3.2.16. Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması .....	139
3.3. SOSYAL VE EKONOMİK HAKLARLA İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER.....	140
3.3.1. Eşler Arasında Eşitlik .....	140
3.3.2. Kamulaştırma.....	141
3.3.3. Çalışma Hakkı ve Ödevi .....	142
3.3.4. Sendika Kurma Hakkı .....	143

3.3.5. Asgari Ücretin Tespiti .....	146
3.3.6. Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları .....	146
3.4. SİYASAL HAKLARLA İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER.....	147
3.4.1. Türk Baba veya Türk Annenin Çocuğunun Vatandaşlığı.....	147
3.4.2 Taksirli Suçlardan Mahkum Olanların Oy Kullanabilme Hakkı.....	148
3.4.3. Siyasi Partilerin Uyacakları Esaslar .....	149
3.4.4. Yabancıların Dilekçe Hakkı.....	151
<b>SONUÇ</b> .....	153
<b>KAYNAKÇA</b> .....	158
<b>DİZİN</b> .....	166



**KISALTMALAR**

<b>A.B.</b>	Avrupa Birliği
<b>A.B.D.</b>	Amerika Birleşik Devletleri
<b>a.g.e.</b>	Adı Geçen Eser
<b>a.g.m.</b>	Adı Geçen Makale
<b>a.g.t.</b>	Adı Geçen Tez
<b>AİHS</b>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AİHM</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AÜEHKFD</b>	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜSBF</b>	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
<b>AYM</b>	Anayasa Mahkemesi
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>Dpn.</b>	Dipnot
<b>E.</b>	Esas
<b>H.D.</b>	Hukuk Dairesi
<b>İHEB</b>	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
<b>K.</b>	Karar
<b>K.T.</b>	Karar Tarihi
<b>m.</b>	Madde
<b>R.G.</b>	Resmi Gazete
<b>SBE</b>	Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>SSCB</b>	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
<b>TBMM</b>	Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>s.</b>	Sayfa

**Problem :** 03.10.2001 tarihinde Anayasanın 35 maddesini içine alan bir Anayasa değişikliği gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerin 25 tanesi, yani %85'i, Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" kısmında yapılmıştır. Anayasanın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen kısmında yapılan değişiklikler, söz konusu hak ve hürriyetler açısından, ne gibi yenilikler getirmiştir?

**Araştırmanın Amacı:** Bu çalışmanın amacı, 03.10.2001 tarihinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinin, insan hak ve hürriyetlerini güvence altına alan uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümlerle ne ölçüde örtüştüğünü, bir örtüşme var ise, bunun ülke insanımız açısından ne gibi farklılıklar meydana getirdiğinin ortaya konulmasıdır.

**Araştırmanın Önemi:** Genelde Anayasa değişiklikleri, özelde ise 2001 Anayasa değişikliklerinin, insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi evrensel nitelikteki ilkelerin anayasalara girmesi sağlanmak suretiyle ülke genelinde uygulanabilme fırsatı bulmakla beraber, siyasi iktidarın ve bireylerin hukukun üstünlüğü ve demokrasi bilinçlerinin gelişmesine katkıda bulunmak.

**Araştırmada Hipotez:** 2001 Anayasa değişikliklerinin, insan hak ve hürriyetleri açısından bireyler lehine yenilikler getirmiştir. 2001 Anayasa değişiklikleri siyasi iktidarın, temel hak ve hürriyetlere bakış açısını değiştirmiştir. 2001 Anayasa değişiklikleri bireylerin, temel hak ve hürriyetlere bakış açısını değiştirmiştir. Gerçekleştirilen değişiklikler, AİHS ile uyum sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Anayasa değişiklikleri, Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde Türkiye'nin elini güçlendirmiştir. Söz konusu değişiklikler, eski düzenlemeye ek herhangi yenilik getirmemiştir.

**Araştırmada Varsayım:** 03.10.2001 tarihinde 35 madde olarak gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin 25 tanesi temel hak ve hürriyetlerle doğrudan ilgili değişikliklerdir. Değişikliğin amacı, çağdaş ve katılımcı demokrasiyi gerçekleştirmek, özgürlüklerin alanını genişletmek ve yeniden yapılanmayı sağlamak olduğuna vurgu yapılmaktadır. Yapılan değişikliklerin, bu amaçları istenilen ölçüde yeteri kadar gerçekleştirdiği söylenemez.

**Araştırmanın Sınırlılıkları:** 03.10.2001 tarihli Anayasa değişiklikleri toplam 35 maddelik bir değişiklik paketidir. Bu çalışmamızda, söz konusu değişikliklerden temel hak ve hürriyetlerle ilgili olan 25 maddelik kısmı incelenmiştir. Anayasanın “yasama”, “yürütme” ve “yargı” bölümlerinde gerçekleştirilen değişiklikler, araştırmanın sınırlarının belirlenmesi açısından inceleme dışında bırakılmıştır.

**Araştırmanın Yöntemi:** 03.10.2001 Anayasa değişikliklerini inceleyen, eleştiren, bilgi veren kitaplar, tezler, bilimsel makaleler, basılı eserler, sempozyumlar, internet web sayfaları değerlendirilecektir. Ayrıca, dökümantasyon merkezleri ile irtibata geçilerek kaynak temini sağlanmıştır.



## GİRİŞ

Anayasalar, devletlerin kendilerine özgü yapılarını ve bu yapıların işleyişine ilişkin esasların yer aldığı belge olma niteliklerinin yanı sıra, daha da önemli olarak, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini ve bunlara ilişkin güvenceleri de benimseyen üstün nitelikli hukuk belgeleridir.

Toplumsal mutabakat metinleri olan anayasalar, birey-devlet ilişkisinde önemli bir dengeleyicidir. Devlet-birey karşılaşmasında zayıf konumda olan birey aleyhine her zaman dengenin bozulabileceği gerçeğinden hareketle, anayasalar, devleti bazı durumlarda belli davranış kalıpları içerisine hapsedmektedir. Devlet, bu davranış kalıplarını bilerek veya bilmeyerek aştığında, anayasa engeline takılacak ve kendine çeki düzen verme ihtiyacı hissedecektir.

Seçmenlerin, % 91 gibi katılım açısından oldukça yüksek sayılabilecek bir oranda kabulü ile hukuk aleminde boy gösteren 1982 Anayasası, her anayasa gibi hitap ettiği toplumun ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlamıştır. Ancak, kabul edildiği 7.11.1982 tarihinden itibaren toplumun bir çok kesimi tarafından, insan hakları ve demokrasi konularında ciddi biçimde eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler, yasama organı tarafından dikkate değer bulunmuş ve Anayasanın kabulünden 5 yıl gibi çok kısa bir zaman sonra 1987 yılında ilk değişikliğe gidilmiştir. 1987 yılındaki değişikliği, 1993, 1995, 1999 ve nihayet çalışmamızın konusunu oluşturan 2001 değişiklikleri takip etmiştir. Anayasa yapma tekniği açısından baktığımızda, 22 yıllık bir maziye sahip olan Anayasanın 5 kez değişikliğe uğramış olması, söz konusu anayasanın gelişen ve değişen dünya şartlarında toplumun ihtiyaçlarını tam anlamıyla karşılamaktan uzak olduğu aşikardır.

2001 Anayasa değişikliklerinin yapım sürecinde, Avrupa Birliği'ne aday ülkeler için, 22 Haziran 1993 yılında kabul edilen Kopenhag Siyasi Kriterleri etkili olmuştur. Buna göre Birliğe üye olacak ülkenin, başta aday ülkenin, tüm yasal düzenlemeleri ve örgütsel yapısıyla demokrasiyi, insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü güvence altına alması istenmektedir. 35 maddelik 2001 Anayasa değişikliklerine göz attığımızda, söz

konusu değişikliklerin 25 tanesinin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olması bu etkiyi daha da gün yüzüne çıkarmaktadır.

Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde, anayasanın değişik açıdan tanımlamaları yapılarak, anayasa yapma ve değiştirebilme yöntem ve iktidarları ile ortaya çıkış halleri incelenmiş, bölüm sonunda Türkiye’de Anayasa değişikliğine ilişkin süreç ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, hak, hürriyet, insan hakları, temel hak ve hürriyet kavramları tanımlanarak teorik açıdan ortaya konularak, temel hak ve hürriyetler-anayasa ilişkisine değinilmiştir. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak Jellinek’in ve 1982 Anayasası’nın sınıflandırması irdelenmiştir. Daha sonra, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin iç hukukumuzdaki etkileri incelenmiş bununla beraber, 2001 değişikliklerinin dinamikleri olan, sosyal, siyasal, ekonomik, teknolojik gelişmelerle birlikte 2001 değişikliklerinden önceki anayasa değişiklikler hakkında da genel hatlarıyla bilgi verilmekle yetinilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise, 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliklerinin, Anayasanın, “başlangıç”, “temel haklar ve ödevler”, “kişinin hakları ve ödevleri”, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” ile “siyasal haklar ve ödevler” başlığı altında düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden, değişikliğe uğramış (m.13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 31, 33, 34, 36, 38, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69 ve 74.) olan temel hak ve hürriyetler bakımından getirdiği yeni düzenlemeler incelenmiştir.





**TEZ METNİ**



## **BİRİNCİ BÖLÜM**

**ANAYASA, ANAYASA YAPMA VE DEĞİŞTİREBİLME İKTİDARLARININ  
TANIM VE ÖZELLİKLERİ**

### 1.1. Anayasa Kavramı

Anayasa, bir devletin kuruluşunu, temel yapısını, bu temel yapıyı oluşturan organları, organların birbirleri ile süre gelen ilişkilerini ortaya koyan; devlet iktidarlarının el değiştirmesini, üstün güçlerle donatılmış iktidar karşısında bireylerin doğuştan sahip oldukları dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetleri yaptığı düzenlemelerle güvence altına alan, üstün, yazılı kurallar bütünüdür<sup>1</sup>.

Anayasalar, sahip oldukları bu özelliklerden ötürü diğer yasaların üstünde, onlardan daha nitelikli, onlara analık eden, dayanak sağlayan bir yasa olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>2</sup>. Bu özellik, yasaların ve diğer düzenleyici işlemlerin Anayasaya aykırı olamayacakları sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Devletin temel yapısını, organlarını, organların birbirleri ile ilişkilerini, ve bireylerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri siyasal iktidar karşısında güvence altına alan bu düzenlemeler, hukuksal ve hukuksal nitelikte olmayan (anlaşmalar, örf ve adetler, teamüller) kuralların karışımından meydana gelmektedir. Dünyanın bir çok ülkesinde Anayasalar bu niteliktedir. Örneğin İngiliz Anayasası gibi<sup>3</sup>.

Anayasalar, yalnız devletin temel yapısını ve örgütlenmesini tespit etmek, temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almakla kalmazlar, ekonomik ve toplumsal alanda siyasal iktidarlara kılavuzluk yapacak ilkeleri de bünyelerinde barındırırlar<sup>4</sup>.

Ayrıca anayasalar, yasama organı tarafından çıkarılacak kanunların hangi kriterlere uyması gerektiği hususunda da ilkeler belirleyerek, siyasal iktidar karşısında korunma

<sup>1</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 7. Bası, İstanbul 2001, s. 136 ; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya 2002, s. 4 ; Cem Eroğul, *Anattüzeve Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş)*, İmaj Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2000, s. 17-18.

<sup>2</sup> Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 1993, s. 7.

<sup>3</sup> K.C.Wheare, *Modern Anayasalar*, (Çev. Mehmet Turhan ), Değişim Yayınları, İstanbul 1984, s. 1.

<sup>4</sup> A.Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku Anayasa Metni*, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara 1995, s. 1.

ihtiyacı hisseden bireylere hukuki güvence sağlamaktadır<sup>5</sup>. Anayasalar, bu hukuki güvenceyi sağladıkları müddetçe modern anlamda Anayasa olarak adlandırılabilirler.

Nihai olarak Anayasalar, devlet iktidarını *hukuk devleti* kavramıyla sınırlayarak, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin siyasal iktidar tarafından tanınmasını, bu hak ve hürriyetleri etkin bir şekilde herhangi bir baskıya ve zorlamaya maruz kalmaksızın kullanabilmelerini sağlama gibi önemli bir misyona da sahiptir.

### 1.1.1. Maddi ve Şekli Anlamda Anayasa

Bir hukuki düzenlemenin içeriği bize o hukuki düzenlemeyle ilgili olarak bazı ip uçları verecektir. İçeriğinin belli olması hukuki düzenlemenin normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyecektir. Anayasalar da nitelikleri gereği bu hiyerarşinin en tepesinde yer alan kurallar bütünüdür. Anayasa kavramı maddi ve şekli anlamda anayasa olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Şayet anayasal hükümler, bir devletin temel örgüt yapısına, devlet şekline, devlet iktidarının nasıl ve hangi usuller ile el değiştireceğine, bireylerin devlet iktidarı karşısında sahip oldukları temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler içeriyorsa bu nitelikteki anayasalara maddi anlamda anayasa denir<sup>7</sup>. Burada önemli olan hukuki düzenlemenin yukarıdaki esasları ve bu esaslarla ilgili bir düzenlemeyi içeriyor olmasıdır.

Devletin şekli, iktidarı, iktidarın organları, yetki ve görevleri, organlar arasındaki ilişkiler, bireylerin temel hak ve özgürlükleri gibi konular maddi anlamda anayasanın düzenleme alanına girmektedir. Ayrıca seçimler, siyasi partiler, yasama organı ve oluşumu gibi konularda bu kapsamda yerini alacaktır. Bunların yanı sıra maddi anlamda anayasa kuralı olamayacak kurallar dahi zaman zaman anayasa metinlerinde yer alabilmektedir; mezbahane hayvan kesimine ilişkin kuralın İsviçre Anayasasında yer alması gibi<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Soysal, a.g.e., 1993, s.8.

<sup>6</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş-Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, 3. Baskı, Bursa 2003, s. 13.

<sup>7</sup> Teziç, a.g.e., 2001, s. 144.

<sup>8</sup> Gözübüyük, a.g.e., 1995, s. 2.

Şekli anlamda anayasa, maddi anlamda anayasanın aksine düzenlemenin içeriğiyle ilgilenmeyip, o düzenlemenin normlar hiyerarşisindeki yerine ve diğer kanunlardan daha farklı ve nitelikli usuller ile yapılıp yapılamayacağı ve değiştirilip değiştirilemeyeceği ile ilgilenmektedir. Söz konusu hukuki düzenleme normlar hiyerarşisinde en tepede yer alıyor ve aynı zamanda kanunlardan daha zor ve nitelikli usullerle yapılıp değiştiriliyor ise o hukuki düzenleme neye ilişkin olursa olsun bir Anayasa kuralıdır<sup>9</sup>. Dolayısıyla şekli anlamda anayasadır. 1982 Anayasasının 175. maddesindeki ifade<sup>10</sup> bu Anayasanın şekli anlamda bir anayasa olduğunu ortaya koyan ifadedir.

Şekli anlamda anayasa yazılı anayasa demektir. Anayasanın nasıl yapılacağı, nasıl değiştirileceğinin esasları yazılı bir belgede tespit edilmeli ve buna göre gerekli değişiklikler ve düzenlemeler yapılmalıdır. Aksi takdirde şekli anlamda anayasadan bahsedemeyiz<sup>11</sup>. Maddi ve şekli anlamda anayasa kavramları çoğu kez bir arada zikredilir. Ancak şekli anlamda anayasa olmadıkları halde maddi anlamda anayasaya sahip olan ülkeler de vardır. Bunun en güzel örneğini İngiltere Anayasası sergilemektedir. İngiltere'deki anayasal bir düzenleme ister parlamentoya ilişkin, isterse kraliyetin statüsüne ilişkin olsun herhangi bir kanunla rahatlıkla değiştirilebilmektedir<sup>12</sup>.

### 1.1.2. Çerçeve ve Düzenleyici Anayasa

Anayasalar, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan hukuk kaideleridir. Sahip oldukları bu özelliklerinden ötürü alelade kanunların yapılışından daha farklı bir hassasiyetle ele alınmaları gereği vardır. Kimi anayasalar sadece bir Anayasada olması gereken kaideler ile (devletin temel yapısı, temel organları; organların birbirleri ile olan ilişkilerini, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin tanınması ve güvence altına alınması) yetinirken; kimi Anayasalar da, Anayasa dışındaki düzenleyici işlemlerin düzenleme alanına giren konuları da kapsamına dahil etmekten kaçınmamıştır. Her iki uygulamada kendisine anayasacılık hareketlerinin başladığı 18. yüzyıldan itibaren taraftar bulmuştur.

<sup>9</sup> Gözler, a.g.e., 2003, s. 13.

<sup>10</sup> Bkz.(Tam metni için) 1982 Anayasası 175.madde.

<sup>11</sup> Teziç, a.g.e., 2001, s. 145.

<sup>12</sup> Teziç, a.g.e., 2001, s. 145.

Anayasaların düzenleme alanı, yukarıda belirtildiği gibi, bir anayasada bulunması zorunlu olan unsurlarla sınırlıysa, bu tip anayasalar çerçeve anayasalardır. Nitelikleri gereği kısa ve öz anayasalardır. Bu anayasalar mevcut sorunlara doğrudan çözüm üretmek yerine, sorunlara çözüm olacak kurumsal çerçeveyi çizmekle yetinirler. Spesifik ayrıntıların ve belirsizliklerin yasama ve yargı organı tarafından çözüleceği varsayımından hareketle, genel prensipler koymakla yetinerek, çözümü bu organlara bırakmıştır. Bunun yanında bahsedilen düzenlemeler belirsizlik ortamının oluşumuna davetiye çıkarmayacak şekilde yapılmalıdır. Hatta olağandışı dönemlerde dahi devletin fonksiyonunu devam ettirebilmesi gerekmektedir. Anayasal düzenlemeler çok spesifik ve kısa vadeli sorunlarla uğraşmamalıdır. Anayasa, “ belli bir günde, belli bir yere, sadece bir defa seyahat etmeye yarayan bir tren bileti değildir”<sup>13</sup>. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası bu tür anayasalara örnektir.

Bir anayasa metni çerçeve anayasa olma özelliği taşıyorsa yani devlet yönetimine, yapısına, hükümet şekline, organlarına, bireylerin hak ve hürriyetlerine ilişkin esas prensiplerin tespit edilmesiyle yetinmeyerek daha ayrıntılı ve hacimli ilkeler tespit ediyorsa bu tip anayasalara düzenleyici anayasalar denir. Bu anayasalar farklı kaygılar neticesinde hazırlanmaktadır. Siyasal iktidarın istikrarını devam ettirmek ve sağlamlaştırmak, geleceğe yönelik belirgin hedefler koymak bu kaygıların en başında gelmektedir<sup>14</sup>.

Anayasalar, yapılıırken, günün değişen şartlarıyla beraber insan ihtiyaçlarının da değişebileceği gerçeğini göz ardı etmeksizin yapılmalıdırlar. Aksine düzenlemeler, diğer kanunlardan daha zor ve nitelikli şartlarla değiştirilebilen anayasaların, insan ihtiyacının değişimindeki hıza ayak uyduramamasına ve beraberinde sık sık anayasa değişikliklerinin gündeme gelmesine sebebiyet verecektir.

Ana gayesi daha istikrarlı bir siyasal düzen kurmak olan anayasa, aşırı ayrıntılı ve hacimli düzenlemeleriyle, anayasal tartışmaların gündemden hiç düşmediği bir ortamı kendiliğinden oluşturacaktır. Bu tip anayasalar uzun soluklu olamayacaklardır. Bununla

<sup>13</sup> Atar, a.g.e., 2002 a, s. 6.

<sup>14</sup> Atar, a.g.e., 2002 a, s. 7.

beraber düzenleyici anayasalara rağmen, kısa çerçeve anayasaların daha uzun ömürlü oldukları ve sık sık değişikliklere maruz kalmadıkları A.B.D. Anayasası örneğinde kendini göstermektedir<sup>15</sup>.

### 1.1.3. Yumuşak ve Katı Anayasa

Anayasalar, yapılmaları ve değiştirilmeleri aşamasında önlerine çıkacak engelleri rahatlıkla geçip geçememeleri veya hangi usullerle bu engellerin üstesinden gelebilecekleri açısından bir ayrımına tabi tutulduklarında yumuşak ve katı anayasalar olarak ikiye ayrılırlar.

Bir anayasa, yasama kaynaklı kanunlar için öngörülen şekil ve usul izlenerek değiştirilebiliyor ya da değiştirilmesi konusunda anayasa metninde herhangi bir hüküm öngörmüyorsa bu anayasa yumuşak nitelikli anayasadır. Bu anayasanın söz konusu olduğu bir anayasal düzende yasama organı sıradan bir kanun yapıyor imişçesine anayasayı değiştirebilmektedir. Bu durumda “anayasanın üstünlüğü” ilkesini fiilen ihlal etmektedir. Bu sistemde, normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunması gereken anayasa bir basamak inerek kanunla aynı seviyeye gelmektedir. Bu yüzden yumuşak anayasanın anayasallık değerinin tartışmalı olduğu ileri sürülmektedir<sup>16</sup>.

Yumuşak anayasalara sahip olan ülkelerin anayasal alt yapıları sağlam olmalıdır; çünkü iktidarı elinde bulunduran, kendisine ve yandaşlarına çıkar sağlamak isteyen art niyetli kişiler ve partiler anayasal hükümleri kanunlar ayarında rahatlıkla değiştirerek, istedikleri gibi iktidarın nimetlerinden yararlanacaklardır. Demokratik ülkeler arasında İngiltere, Yeni Zelanda ve İsrail Anayasalarının<sup>17</sup> dışında başka ülkelerde kabul edilmemiş olması bizimde katıldığımız bu görüşü desteklemektedir.

<sup>15</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 58 ; 1787 Amerikan Anayasası, 7 maddeden oluşan bir anayasadır. Günümüze kadar sadece yirmi altı kez değişikliğe uğramış kısa bir anayasadır. Anayasa esas olarak devletin şekli, hükümet sistemi, yargı yetkisi ve temel hak ve hürriyetleri düzenlemektedir ( Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 39-40. ).

<sup>16</sup> Gözler, a.g.e., 2003, s. 16 ; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1982. s. 116.

<sup>17</sup> Arend Lijhart, *Çağdaş Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Yetkin Yayınları, Ankara Tarihsiz, s. 163.

Günümüz anayasalarında olduğu gibi, daha farklı organlar tarafından, farklı usul ve şekillerle değiştirilebilmeyi öngören anayasalara katı anayasa denir. Anayasanın değiştirilmesine ilişkin olarak tespit edilen esaslar, anayasada yazılı bir şekilde yerini alır ve siyasal iktidarı elinde bulunduran kişi ve/veya kişiler, bu esasların kılavuzluğunda ancak ihtiyaç olan anayasa değişikliklerini yapabilirler. Anayasanın değiştirilebilme esaslarını tespit için, öncelikle kanunların yapılma ve değiştirilme esasların tespiti gereklidir. Aksi halde, kanunlardan daha farklı usullerle değiştirilebilen anayasaların hangi usullerle değiştirilebileceği sorunu ile karşılaşırız. Peki katı bir anayasayı neye göre tespit edeceğiz? Bu soruya şöyle cevap verilebilir. Eğer bir anayasada;

“değişiklik için gerekli teklif ve kabul yeter sayılarının yükseltilmesi”, “değişiklik sürecinin uzatılması”, “bazı durumlarda değişikliğe gidilememesi”, “değişiklik için ayrı bir kurucu meclis oluşturulması”, “değişikliğin onay için referanduma sunulması”, ve son olarak “anayasanın kimi maddelerinin değiştirilmesinin tamamen yasaklanması” na ilişkin düzenlemeler varsa katı anayasadır<sup>18</sup>.

Anayasaların değiştirilmesi için öngörülen zorlaştırıcı bu esaslar, “anayasaların üstünlüğü” prensibini sağlayama yönelik olan esaslardır. Katı anayasaların iki amaca hizmet ettikleri görülür. Birincisi anayasal düzenin istikrarı, ikincisi, belki de en önemlisi, bireyin korunması adına hizmet eden, siyasi iktidarın sınırlandırılmasıdır<sup>19</sup>.

Yumuşak ve katı anayasa nitelendirmeleri, sadece anayasaların değiştirilme yöntemlerinin biçimsel ifadeleridir. Zamanla kullanılan bu nitelendirmeler sonucunda, katı anayasaların, daha çok hukuksal engeller içerdiklerinden değiştirilmelerinin daha zor oldukları ve buna bağlı olarak daha az değiştirildikleri; yumuşak anayasaların ise, değiştirilmeleri konusunda farklı bir yöntem koymadıklarından, değiştirilebilmeleri daha kolay ve sık sık gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Ancak bu anlayışı geliştiren olaylar doğrulamamıştır. Örneğin katı anayasa olarak bilinen İsviçre Anayasası, kendisinden sadece değişiklik için her iki meclisin (Senato ve Millet Meclisi ) ortak toplantısından başka

<sup>18</sup> Atar, a.g.e., 2002 a, s. 9-10. ; Gözler, a.g.e., 2003, s. 17. ; Tunaya, a.g.e., 1982, s. 116.

<sup>19</sup> Münci Kapanı, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 284 ; Serap Hamzaoğlu, “Türk Anayasalarında Anayasanın Değiştirilmesi Sorunu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 1993, s.5.



herhangi bir koşul aramayan Fransa'nın III. Cumhuriyet Anayasasından daha sık ve kolay değiştirilmiştir<sup>20</sup>.

Katı ve yumuşak anayasa nitelendirmesi, sadece anayasaların değiştirilebilmeleri hususundaki hukuki hükümleri değil; bunun yanında topluma egemen olan siyasal ve toplumsal grupların, anayasal düzenden ve örgütlenmesinden hoşnut olup olmamalarına da bağlıdır. Anayasa toplumsal tatmini gerçekleştirebiliyorsa, çok kolay değiştirilebiliyor olsa dahi sıklıkla değişmeyecektir. Öte yandan toplumsal grupların yeterli bir bölümü Anayasanın değiştirilmesini isterse, Anayasanın değiştirilmesi için öngörülen engelleri, ne olursa olsun rahatlıkla aşabilecektir<sup>21</sup>.

## 1.2. Anayasa Yapma, Değiştirebilme Yöntem Ve İktidarı

Anayasaları ve anayasal gelişmeleri geçmişe yönelik olarak incelediğimizde, gerek yapımlarında gerekse değiştirilmelerinde her ülkenin kendi siyasal yapısı ve içinde bulunduğu şartlara göre farklı yöntem ve model kullandıkları gözlenmiştir. Bununla birlikte hukukçular ve siyaset bilimciler bu yöntem ve modelleri üç ana başlık halinde kategorize etmişlerdir<sup>22</sup>. Sırasıyla bu yöntem ve modelleri inceleyeceğiz.

### 1.2.1. Hiyerarşik Yöntem

Toplumsal ittifak olmaksızın, bir kişi veya temsili olma vasfına haiz olmayan bir kurul ya da partiszleştirilmiş kurucu meclisler<sup>23</sup> tarafından tepeden inme bir metotla anayasa yapma yöntemine hiyerarşik yöntem denir<sup>24</sup>. Bu yöntemin en bilinen uygulaması Ferman tipi anayasalardır.

Ferman tipi anayasalar, hükümdarın tek taraflı iradesinin ürünüdür. Mutlak ve sınırsız bir iktidarı elinde bulunduran hükümdar, kendi isteğiyle kendi iktidarını sınırlayıcı bir belge yayımlar. Hükümdarın kendi yetkilerini yayımladığı fermanla sınırlanması, mutlak

<sup>20</sup> Wheare, a.g.e., 1984, s.22,23.

<sup>21</sup> Wheare, a.g.e., 1984, s.23.

<sup>22</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 155.

<sup>23</sup> Naz Çavuşoğlu, *Anayasa Notları*, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul 1997, s. 27.

<sup>24</sup> Atar, a.g.e., 2000, s.156.

monarşiden sınırlı (meşruti ) monarşiye geçişin ifadesinden başka bir şey değildir. Hükümdar halkına, sonsözü söyleme hakkını yine kendinde tutarak, sınırlıda olsa bir güvenceyi bahşetmiştir. Bunun yanında halkın katılımı dışlanmıştır. Kısacası ferman, *hükümdarın tek taraflı bir işlemi, bir ihsanı, bir lütfudur*. I. Meşrutiyete geçişi sağlayan 1876 anayasası, 1814 Fransa Şartı ve 1931 Habeşistan Anayasaları ferman tipi anayasaya örnek verilebilir<sup>25</sup>.

Diktatörlükle yönetilen ülkelerin yanında, demokrasiye geçiş aşamasında olan bazı ülkelerin (Türkiye ve Şili gibi )<sup>26</sup> anayasaları da hiyerarşik yöntemle yapılmışlardır. Bu tür rejimlerin yöneticileri, hiyerarşik yöntemle hazırladıkları anayasalarını kamufle etmek amacıyla bazı yollara başvurmaktadırlar. Temsil kabiliyeti olmayan, seçimle oluşmamış “kurucu meclisler” kanalıyla anayasaların hazırlanması veya halkın görüşünü tam olarak yansıtmayan “plebisit referandum”lara gidilmesi, anayasaların sahip oldukları bu özelliklerini bertaraf edememektedir<sup>27</sup>.

Anayasaların temsil kabiliyetinden uzak bir kurul ya da meclisçe yapılmasına en tipik örnek, 1982 Türk Anayasası ve bazı yönleriyle 1961 Anayasasının<sup>28</sup> yapılışını göstermek mümkündür. Her iki anayasada, askeri müdahalelerin mahsulü olması, asker ve sivilden oluşan fakat seçilmemiş Kurucu Meclisler tarafından hazırlanmış olması ve referanduma sunulurken kabul edilmiş olması gibi ortak özellikler sergilemektedir<sup>29</sup>.

Serbest seçimler neticesinde oluşan ve temsili nitelik taşıyan meclisler tarafından yapılan anayasalar, her zaman demokratik anayasa görüntüsü vermezler. Anayasayı yapan meclisler ne kadar temsili, ne kadar serbest seçimler sonucu oluşmuş olsalar da, fiilen güçlü “*de facto*” baskıya maruz bırakılarak, kendi iradelerinin dışında bir iradenin zorlamasıyla anayasa yapacaklarından hiyerarşik yöntemle yapılmış olurlar. Türkiye’deki 1971 ve 1973

<sup>25</sup> Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Ekin Kitabevi, Bursa 1998, s. 75. ; Atar, a.g.e., 2000, s.156. ; Tunaya, a.g.e., 1982, s. 127.

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özbudun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1993, s. 53-58.

<sup>27</sup> Atar, a.g.e., 2000, s.156-157.

<sup>28</sup> “Türkiye’de 1982 Anayasasının yapılış yöntemi büyük ölçüde hiyerarşik bir karakter arzederken, 1961 Anayasasını yapan Kurucu Meclisin yarı-temsili bir niteliğe sahip oluşunun, bu Anayasanın “hiyerarşik yöntemle yapılan bir anayasa” olma özelliğini bir ölçüde zayıflattığı yolunda görüşler de bulunmaktadır” (Atar, a.g.e., 2000, s. 157-158, dpn. 45).

<sup>29</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 157-158.

anayasa değişiklikleri bu şekilde yapılmıştır. Bununla beraber bu metodun en iyi örneğini Brezilya'da görmekteyiz. 1988 Brezilya Anayasası demokratik seçimler sonucu oluşan Kurucu Meclis tarafından yapılmış ancak ordunun anayasanın yapım sürecindeki etkisi bariz şekilde hissedilmiştir. Öyle ki Brezilya'da Milli Savunma Bakanlığının ihdas edilmemesi onun yerine kuvvet komutanlarının kabineye katılmaları bunun en çarpıcı kanıtıdır<sup>30</sup>.

### 1.2.2. Organik Yöntem

Mevcut anayasal kurumların, yürürlükte olan anayasanın, öngörmüş olduğu usul ve kurallar çerçevesinde yeni bir anayasa yapması veya mevcut anayasanın değiştirilmesi şeklindeki anayasa yapma yöntemine organik yöntem denir. Başka bir ifadeyle, hukuk kuralı ile bağlı olan tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapması veya mevcut anayasayı revize etmesi olarak da tanımlayabiliriz<sup>31</sup>.

Bu yöntemi diğerlerinden ayıran en önemli fark, anayasaların yapımı ve değiştirilmeleri sürecini etkileyen faktör ve kaygıların dışında gelişen özel durumları açıklayabilir olmasıdır. Anayasaların yapılmaları ve değiştirilmeleri sürecinde, toplumu oluşturan farklı siyasi ve sosyal çevrelerin aktif etkinliklerinin olacağı gerçeği, inkar edilemez bir gerçektir. Göz ardı edilemeyecek bu gerçeğin yanında, bu süreç içerisinde, cereyan eden bazı farklı gelişmelerde vardır. Bu gelişmeleri ancak organik yöntemle açıklayabiliriz. Serbest seçimler sonucu oluşan parlamento aritmetiği, bir siyasi partiye anayasayı tek başına değiştirebilme iktidarı verdiğini düşünelim. Bu siyasi parti parlamentodaki diğer siyasi partilerle mutabakat sağlamaksızın anayasayı istediği gibi değiştirecektir. Bu metotla yapılan anayasa değişikliği ne tam anlamıyla hiyerarşik yöntemle ne de daha sonra değineceğimiz sözleşme yöntemine benzer. Hiyerarşik yöntemden, seçilmiş bir parlamentonun varlığı ile, sözleşme yönteminden ise toplumun değişik kesimlerinin temsilcilerinin dışlanmış olması haliyle farklılıklar arz edecektir. O halde

<sup>30</sup> Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1993, s. 70, 73.

<sup>31</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 159. ; Gözler, a.g.e., 1998, s. 122.

anayasanın yapımı ve değiştirilmesinde kullanılan bu yöntemi organik yöntem olarak adlandırabiliriz<sup>32</sup>.

Anayasa yapımında sıklıkla başvurulan bir yöntem değildir. Çünkü anayasayı değiştirebilecek anayasal çoğunluk her zaman parlamento aritmetiğinde sağlanamaz. Ayrıca bu yöntemin tamamlayıcı unsuru olarak halkın görüşünü alma adına hizmet eden referandum mekanizması da işletilmektedir. Yine bu yöntemde yürütme organına bazı yetkiler verilebilmektedir<sup>33</sup>.

Anayasa yapma ve değiştirebilme yetkisi kendilerine tanınan organlar, bu yöntem dahilinde anayasayı yaparken veya değiştirirken kanunlar için öngörülenlerden daha farklı ve nitelikli çoğunluk şartını gerçekleştirmek zorundadırlar. A.B.D., Fransa, İtalya, ve 1982 Türkiye Anayasası'nda<sup>34</sup> olduğu gibi. Bu anayasaların tamamının en dikkat çekici özelliği katı nitelikli anayasalar olmalarıdır<sup>35</sup>.

Türk anayasacılık tarihinde organik yöntem kullanılarak yapılan tek anayasa 1924 Anayasasıdır. Bununla birlikte 1982 Anayasası'nda yapılan 1987, 1993, 1995, 1999 tarihli bazı değişikliklerde, anayasanın çerçevesini belirlediği kurallara göre yapılmıştır. Kısacası organik yöntemle yapılmışlardır<sup>36</sup>.

### 1.2.3. Sözleşme Yöntemi

Anayasalar, toplumu meydana getiren bütün sosyal ve siyasal grupların ihtiyaçlarını doğru tespit edip, zamanın gereklerine göre karşılamayı başarabildikleri ölçüde uzun ömürlü olurlar. Aksi halde zamanın gerisinde kalacakları gibi, direnmeleri durumunda ise anayasal krizlere sebebiyet vereceklerdir.

Sözleşme yönteminde anayasayı, toplumu tam anlamıyla temsil edebilme kabiliyetine sahip siyasal partiler ve gruplar veya seçilmiş bir kurul ya da kurucu meclis,

<sup>32</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 159-160.

<sup>33</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 160.

<sup>34</sup> Bkz.(Tam metni için) 1982 Anayasası 175.madde.

<sup>35</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 160.

<sup>36</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 161.

uzlaşmacı ve katılımcı ilkeler ışığında toplumsal sözleşme şeklinde gerçekleştirirler<sup>37</sup>. Bu metotla anayasayı yapan veya değiştiren aslında toplumun ta kendisidir.

Sözleşme yönteminin en iyi örneklerini misak (sözleşme) tipi anayasalarda görmek mümkündür. Temsili bir organ ya da meclis olarak, hükümdarın karşısında vücut bulan bir irade, hükümdarın hareket kabiliyetini, karşısında herhangi bir güç olmadığı döneme nazaran, aktif bir şekilde sınırlandırmaktadır. Burada, hükümdar ile onun karşısındakiler arasında bir konsensüs, bir işbirliği vardır. Bu sebeple misak tipi anayasalar tek yanlı bir işlem olmaktan öte, hükümdar ve karşısındaki iradenin de katıldığı çift taraflı bir işlemidir. Bu irade, hükümdar karşısında, bireyler lehine denge unsuru olmuş ve olagelmektedir<sup>38</sup>.

Bir tarafı hükümdar olan bu tip anayasaların diğer tarafını, tarihsel süreç içerisinde incelendiğinde, feodal beyler veya halkın devrimler sonrasında kurduğu meclislerin oluşturduğu görülmüştür. Anayasa, bu iki güç tarafından karşılıklı tavizler verilerek ortak bir metin üzerinde konsensüs sağlanmak suretiyle oluşmuştur. Hükümdar bir yandan yetkilerinden, kendisine itaat edileceği vaadiyle, vazgeçerken bir yandan da tahtını sağlamlaştırmış oluyordu. Hükümdarın karşısındakilerde kendilerini böylelikle hukuki güvenceye kavuşturmuş olacaktırlar. Tarafların güçleri birbirine eşittir. Her ne kadar taraflar arasında güç dengesi olsa da hükümdar hala üstün bir takım güçlere sahiptir<sup>39</sup>.

Karşılıklı tavizler neticesinde anlaşmayla ortaya çıkan bu tip anayasalara, 1215 *Mağna Carta Libertatum* ve 1689 *Bill of Rights*'ın yanı sıra 1808 Prusya Anayasası ve 1791, 1814, 1848 Fransız Anayasaları ile 1808 Sened-i İttifak ve 1876 Anayasası'nda yapılan 1909 değişiklikleri örnek gösterilebilir<sup>40</sup>.

#### 1.2.4. Kurucu İktidar

Anayasalar insan ihtiyaçlarını karşıladıkları müddetçe var olan yazılı belgelerdir. İhtiyaçları karşılama kabiliyetinden uzak olan anayasalar zamanla diğer canlılar gibi

<sup>37</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 161-162.

<sup>38</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 79. ; Tunaya, a.g.e., 1982, s. 127.

<sup>39</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 79-80. ; Gözler, a.g.e., 2003, s. 33. ; Atar, a.g.e., 2000, s. 162.

<sup>40</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2000, s. 10-11 ; Atar, a.g.e., 2000, s. 162 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 152.

zamana yenik düşecekler ve yok olup gideceklerdir. Dolayısıyla devletin temel hukuki düzenini belirleyen, siyasal iktidarın nasıl ve hangi organlarca, hangi sınırlar içerisinde kullanılacağını düzenleyen ve herkes için bağlayıcı kurallar koyan yeni anayasalara ihtiyaç duyulacak veya mevcut anayasalar günün şartlarına göre revize edilecektir<sup>41</sup>.

Gerek yeni anayasa ihtiyacını gerekse anayasalarda gerekli olan revizyonu yapacak olan bir iktidar, bir güç olacaktır, işte bu güce yani, anayasa yapma ve değiştirebilme gücüne, iktidarına kurucu iktidar denir. Kurucu iktidarda anayasayı yapan iktidar ve mevcut anayasayı değiştirebilen iktidar olarak ikiye ayrılmaktadır. Anayasa yapma iktidarına asli kurucu iktidar, anayasayı değiştirebilme iktidarına da tali kurucu iktidar denir.

#### 1.2.4.1. Asli Kurucu İktidarın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Daha önce konulmuş hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın, bir ülkenin siyasal rejiminde meydana gelen ihtilal, hükümet darbesi, savaş; ülkenin parçalanması, yabancı işgale son verilerek bağımsızlık kazanılması, yeni bir devletin kurulması gibi hukuksal boşlukların ortaya çıktığı dönemlerde; anayasayı ilk kez yapan ya da yeniden yapan iktidara asli kurucu iktidar denir<sup>42</sup>.

Asli kurucu iktidarı sınırlayan yazılı ve üstün nitelikli herhangi bir hukuk kuralının olmayışı, iktidarı elinde bulunduran grup veya gruplara, yeni bir sistem, yeni bir dünya görüşü hatta yeni bir ideoloji temelli yepyeni bir anayasa yapma fırsatı tanıyacaktır<sup>43</sup>.

Asli kurucu iktidarın herhangi bir hukuk kaidesiyle bağlı olmayışı, tek söz sahibi oluşu, onun toplumun gerçeklerini görmezlikten geleceği, bununla beraber toplumun temel siyasal ve sosyal değerlerini, inançlarını, toplumun güç dengelerini dikkate almayacağı anlamına tabi ki gelmez. Asli kurucu iktidarın sınır tanımazlığı, yeni bir anayasa yaparken, onu sınırlayacak herhangi bir hukuk kuralının ve gücün olmayışı anlamındadır<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2001, s. 63.

<sup>42</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 164 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 149 ; Özbudun, a.g.e., 2002, s. 147 ; Gözler, a.g.e., 1998, s. 23 ; Çavuşoğlu, a.g.e., 1997, s. 26 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 385.

<sup>43</sup> Kapani, a.g.e., 2001, s. 64.

<sup>44</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 147.

Asli kurucu iktidarın hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar iki görüş etrafında toplanmaktadır. Bunlardan birincisi, asli kurucu iktidarın hukuk-dışı olduğunu savunan pozitivist görüş, diğeri ise asli kurucu iktidarın hukuki olduğunu savunan tabii hukuk görüşüdür<sup>45</sup>.

Carré de Malberg, Esmein, Barthélemy gibi asli kurucu iktidarı hukuk-dışı olarak nitelendiren yazarlara göre; söz konusu iktidar, hukuk dışı, saf, tabii bir olgudur. Yeni bir devletin anayasası veya mevcut bir devletin yeni anayasasının yapımı hukukilikle açıklanamaz. Yeni bir devletin oluşumunda, önceden mevcut hiçbir hukuki düzenlemenin varolmayışı, anayasa yapımında asli kurucu iktidarı sınırlayacak bir gücün olmayışını da beraberinde getirmektedir. Zira burada devlet, hukuku belirleyendir; hukuk tarafından belirlenen değil<sup>46</sup>.

Devletin ilk anayasasının yapımı nasıl hukuk dışı olarak nitelendirilebiliyor ise yeni bir anayasanın yapımı da aynı nitelendirmeye muhatap olacaktır. Devrim veya hükümet darbesi gibi şiddet kullanarak yeni bir anayasa yapan asli kurucu iktidar, daha önce yürürlükte olan anayasanın öngördüğü usullerin dışına çıkarak, hukuk dışı uygulamayla, yeni bir anayasa yapacaktır. Şiddet neticesinde meydana gelen siyasal yıkılmayla beraber ortada ne bir anayasal kural ne de hukuki bir ilke kalacaktır. Yeni anayasa incelendiğinde yıkılan anayasadan geriye hiçbir şeyin kalmadığı rahatlıkla görülebilecektir<sup>47</sup>.

Asli kurucu iktidarı hukuki bir iktidar olarak kabul eden Burdeau ve Kubalı'ya göre ise, asli kurucu iktidarın hukuki bir iktidar olarak kabul edilebilmesi için, devrimlerin hukuki bir anlam taşıdığıнын bilinmesi ve, her ne kadar devrim veya ihtilal anayasayı çığneyerek yapılmış olsa da, hak ve adalet fikrini gerçekleştirme adına yapıldığının bilinmesi gerekmektedir. Devrimlerin hukuki anlam taşıdığı veya hak ve adaleti gerçekleştirme amacıyla kabul edilmezse asli kurucu iktidar da sıradan tarihsel bir olay veya olgu olarak kalır. Gerçekleştirilen devrimle yeni bir devlet kurmak aynı zamanda yeni bir hukuk düzenininin temellerini atmak anlamına gelmektedir. Burdeau'nun söylediği gibi

<sup>45</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 24.

<sup>46</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 24.

<sup>47</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 25-26.

asli kurucu iktidar *hukukun kesintiye uğraması değil, fakat hukukun yapısının dönüşmesidir*<sup>48</sup>.

#### 1.2.4.2. Asli Kurucu İktidarın Ortaya Çıkma Halleri

Hukuk dışı olan asli kurucu iktidar, hukuk boşluğunda ortaya çıkar. Söz konusu hukuk boşluğu ya baştan itibaren vardır ya da sonradan yaratılmıştır. Baştan itibaren var olan hukuk boşluğunda, asli kurucu iktidarın ortadan kaldıracağı bir anayasa yoktur. Mevcut hukuk boşluğunu doldurmakla yetinir. Doldurulan hukuk boşluğuyla var olan devlet daha önceden mevcut olmayan yeni bir devlettir. Söz konusu hukuki boşluğu asli kurucu iktidar aşağıda ele alacağımız şu durumlar karşısında doldurmaktadır<sup>49</sup>.

Asli kurucu iktidarı ortaya çıkaran ilk durum, Avrupa Feodalitesinin yıkılması ve kilisenin insanlar üzerindeki nüfuzunun kırılmasıyla yani milli devletlerin ortaya çıkmasıyla kendini göstermiştir. Milli devletler, toplumun sosyal ve siyasal birliğini sağlamaya çalışan birey ya da birey grupları tarafından kurulmuştur. Feodalite sonrası mutlak monarşilerin kurulmasında asli kurucu iktidarın ortaya çıkış hali söz konusudur. İtalya'nın siyasal birliğini tamamlaması buna örnek teşkil etmektedir<sup>50</sup>.

İkinci olarak asli kurucu iktidar, sömürge olan bir ülkenin bağımsızlığını kazanması neticesinde kendini göstermektedir. Sömürge olan ülke veya ülkeler bağımsızlığını savaşarak kazanabilecekleri gibi barış yoluyla da kazanabilirler<sup>51</sup>.

Sömürgeci ülkeye karşı savaşarak bağımsızlık mücadelesi veren ve neticesinde kazanan sömürge ülkenin lider kadrosu, yeni bir devlet kurmakta ve bu yeni devlete bir de yeni anayasa kaleme almaktadırlar. A.B.D., Hindistan, Birminya ve Cezayir'in kurulmaları bu yolla gerçekleşmiştir<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 29- 36 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 151 ; Hamzaoğlu, a.g.t., 1993, s. 6.

<sup>49</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 65-66.

<sup>50</sup> Gözler, a.g.e., 2003, s. 30.

<sup>51</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 67.

<sup>52</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 67 ; Gözler, a.g.e., 2003, s. 30 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 383.



Barış yoluyla, sömürge olan ülkelerin, bağımsızlık kazanması ancak sömürgeci ülkelerin sömürge ülke lehine bir takım hak ve ayrıcalıklarından vazgeçmeleri neticesinde gerçekleşir. Genellikle sömürgeci ülkeler sömürge ülkelere kendi anayasalarını bırakarak onların bağımsızlıklarını tanımaktadırlar. Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada anayasalarının İngiltere anayasasından kaynaklanması barış yoluyla bağımsızlık kazanımına örnek gösterilebilmektedir<sup>53</sup>.

Baştan itibaren var olan hukuk boşluğunda asli kurucu iktidarı ortaya çıkaran bir üçüncü durumda savaştır. Savaş sonrasında yeni bir devletin ortaya çıkması, Birinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Litvanya, Lehistan, Çekoslovakya ve Yugoslavya örneklerinde olduğu gibi, yeni anayasaların yapımını gündeme getirmiştir. Her yeni devlet kendine yeni bir anayasa yapmıştır. Her savaş sonrasında yeni bir devlet kurulmasa bile, savaşın etkisiyle devletlerin anayasalarında değişiklikler meydana gelebilmektedir. 1946 Fransa, 1947 İtalya, 1949 Almanya Anayasaları İkinci Dünya Savaşı sonrasında değişen anayasalar olarak kendini göstermektedir<sup>54</sup>.

Dördüncü olarak, bağımsız birden fazla devlet kendi iradeleriyle federasyon veya konfederasyon çatısı altında toplanarak yepyeni bir devlet kurmaktadır. Bu durumda yeni anayasayı yapma görevi bir konvansiyona verilir. Konvansiyon tarafından yapılan anayasa nitelikli bir çoğunlukla kabul edilir ve yürürlüğe girer. 1787 ABD ve 1848 Helvetya Anayasaları bu şekilde yapılmışlardır<sup>55</sup>.

Son olarak, bir devletin birden fazla bağımsız devlete bölünmesi hali vardır. Bu durumda daha önceden var olan bir bağımsız devletten, bağımsız yeni devletler türemiştir. 1991 de SSCB'nin dağılmasından sonra kurulan devletler<sup>56</sup> ve anayasaları bu durumun en güzel örneğidir<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 67-68.

<sup>54</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 68 ; Gözler, a.g.e., 2003, s. 30.

<sup>55</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 68.

<sup>56</sup> Bu ülkeler; Rusya Federasyonu, Beyaz Rusya, Ukrayna, Moldavya, Estonya, Letonya, Litvanya, Gürcistan, Tacikistan, Azerbaycan, Türkmenistan, Kazakistan, Kırgızistan, Özbekistan ve Ermenistandır.

<sup>57</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 68 ; Gözler, a.g.e., 2003, s. 31.

Asli kurucu iktidarı doğuran hukuk boşluğu sonradan da ortaya çıkabilmektedir. Ancak hukuk boşluğunun baştan itibaren var olduğu durumun aksine ortada mevcut bir hukuk düzeni ve anayasa vardır. Söz konusu hukuk boşluğu savaş ve devrim sonrasında kendini gösterir. Asli kurucu iktidar, mevcut devletin kuruluşunu yenileyen konumundadır. Devrim ve savaş sonrası kaos ortamını fırsat bilen asli kurucu iktidar, öncelikle siyasi rejimi yıkarak anayasayı işlemez hale getirir. Ardından yeni bir anayasa yaparak hukuki boşluğu doldurur. Yeni anayasanın yapısıyla, asli kurucu iktidar yeni bir devlet kurmaz sadece devletin siyasi rejimini değiştirir<sup>58</sup>. Söz konusu bu durum aşağıdaki hallerde kendini göstermektedir.

Birincisi; devrim ya da hükümet darbesiyle devletin mevcut siyasi rejimi ortadan kaldırılmakta, iktidarı ele geçiren ihtilalci ve darbeci güçler yeni bir anayasa hazırlayarak devletin siyasi rejimini değiştirmekle beraber aynı zamanda kuruluşunu da yenilemiş olmaktadır. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, önceden mevcut olmayan yepyeni bir devlet kurulmamakta mevcut olan bir devletin siyasi yapısı değiştirilmektedir. 1848, 1789 Fransız, 1917 Rus ihtilallerinin yanı sıra, askeri darbeler neticesinde kaleme alınan 1961 ve 1982 Anayasaları böyle durumların mahsulü anayasalardır<sup>59</sup>.

İkinci olarak; işgalci güçlerin, savaş sonunda yenilerek ülkeyi terk etmek zorunda kalmasıyla ortaya çıkan hukuk boşluğu, yeni bir anayasa ile doldurulmakta ve devletin kuruluşu yenilenmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası Batı Almanya'nın 23 Mayıs 1949 tarihli Anayasasıyla yeniden bir devlet olarak ortaya çıkması ve Birinci Dünya Savaşı'nda işgal edilen Türkiye'nin, Kurtuluş Savaşı sonunda bağımsızlığını kazanarak siyasi yapısını tamamen değiştirmesi, monarşiden cumhuriyete geçmesi, buna örnek teşkil etmektedir<sup>60</sup>.

#### 1.2.4.3. Tali Kurucu İktidarın Tanımı ve Hukuki Niteliği

İnsanoğlunun zaman içerisinde geçirdiği değişim ve gelişime paralel olarak ihtiyaçlarının da değiştiğine ve çeşitlilik arz ettiğine şahit olunacaktır. Anayasalar da bu değişim ve gelişimden nasibine düşeni almış, almaya da devam edecektir. Günün değişen

<sup>58</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 69.

<sup>59</sup> Teziç, a.g.e., 2001, s. 150 ; Gözler, a.g.e., 1998, s. 71.

<sup>60</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 147 ; Gözler, a.g.e., 1998, s. 71- 72.

teknolojik, sosyal, ekonomik ve siyasal gelişmelerine paralel olarak anayasalar, yapıldıkları ilk hallerini muhafaza edemeyecekler ve bir takım değişikliklerle maruz kalacaktır.

Kutsal metinler olmayan anayasalar kendi değişikliklerini öngörmek zorundadırlar. Tanilli'nin ifade ettiği gibi *hiç değiştirilemeyeceği iddiasında bulunan anayasalar olmuştur ancak zaman onlarla alay etmiştir*<sup>61</sup>. Tunaya ise, *her hukuki metin gibi anayasalar ölmez değildir. Anayasaları tarih içinde bir kez saptayıp onlara değişmezlik tanımak onları fosilleştirmek olur*<sup>62</sup>. Bu ifadeler anayasaların gerektiğinde değişikliğe uğrayabileceği gerçeğini bir kez daha ortaya koymuştur. Peki söz konusu anayasa kim tarafından, nasıl, hangi yöntemle değiştirilebilecektir hatta bu değişiklik anayasanın tamamına teşmil edilebilecek mi?. Tüm bu soruların cevabı tali kurucu iktidar kavramı tarafından açıklığa kavuşturulacaktır.

Tali kurucu iktidar, kendisinin bizzat değiştirdiği anayasayı yapan, asli kurucu iktidarın kendisine tanıdığı serbesti ve sınırlar içerisinde anayasayı değiştirebilen iktidar olarak tanımlanabilir<sup>63</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, anayasanın tümünden değiştirilmediği, mevcut anayasada, anayasayı yapan iktidarın izin verdiği ölçü ve sınırlar içerisinde bir veya birden fazla maddesinin değiştirildiği gerçeğidir. Bu anlamda tali kurucu iktidar hukuken sınırlı iktidardır. Osmanlı Anayasal sistemindeki 1909 değişiklikleri ve Türk Anayasal sistemindeki 1971, 1973 Anayasa değişiklikleri tali kurucu iktidarın birer örnek gelişmeleridir<sup>64</sup>.

Asli kurucu iktidar, hukuk dışı bir olay olmasına karşılık, tali kurucu iktidarın hukukiliği tartışma kabul etmez bir gerçektir. Bir hukuk normu varlığını kendisinden daha üstün bir normdan alıyorsa, kabul etmek gerekir ki bu norm hukukidir. Tali kurucu iktidarın anayasa değişikliği yoluyla ihdas etmiş olduğu yeni norm veya normlar, kaynağını asli kurucu iktidarın yaptığı anayasadan almaktadır. Başka bir ifadeyle, tali kurucu iktidar,

<sup>61</sup> Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Say Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 1981, s. 126.

<sup>62</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 110.

<sup>63</sup> Gözler, a.g.e., 2003, s. 35 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 161.

<sup>64</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 148 ; Çavuşoğlu, a.g.e., 1997, s. 32 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 164-165.

anayasada öngörülen kurallar içerisinde faaliyet gösteren bir iktidardır<sup>65</sup>. Yani hukuki bir iktidardır. Aksi takdirde tali kuruculuk vasfını yitirir asli kurucu iktidar postuna bürünür.

#### 1.2.4.4. Tali Kurucu İktidarın Anayasayı Değiştirebilme Sorunu

Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın çerçevesini çizdiği anayasal normlarla bağlı olan iktidardır. Sınırları çizilen bu çerçevenin dışına çıkamaz. Hatta asli kurucu iktidar, tali kurucu iktidarın serbesti alanına ilişkin şekli ve maddi bir takım sınırlamalar da getirebilmektedir<sup>66</sup>.

Şekli sınırlama, anayasa değişikliklerine ilişkin teklif, görüşme, kabul gibi şekil ve usul kurallarına uymayı ifade etmektedir. Tali kurucu iktidar şekli yönden sınırlı iktidardır. Aksi bir durum söz konusu olduğunda yani asli kurucu iktidarın anayasa değişiklikleri için öngördüğü şekil ve usul kurallarının dışına çıkılması durumunda ortada hukuken geçerli bir tali kurucu iktidarın varlığından bahsedilemez. Tali kurucu iktidarın, şekli sınırlama açısından, hukuki varlığını tehlikeye sokan uygulamaları karşısında acaba kim veya kimler nasıl bir tavır takınacaktır? Daha da önemlisi ortaya nasıl bir hukuki durum çıkacaktır?<sup>67</sup>.

Tali kurucu iktidarın, şekli sınırlamaların dışına çıkması halinde; Gözler'e göre iki tür müeyyideyle karşılaşılacaktır. Birincisi cezai müeyyidedir. Ceza kanunlarına göre kurulmuş iktidarların (yasama, yürütme, yargı) kurucu iktidar olamayacağını belirten yazar, Türk Ceza Kanunu'nun 1991 yılında kaldırılan 141. ve 142. maddeleri ile halen yürürlükte olan 146.<sup>68</sup> maddesinin böyle bir yasak getirdiğini söylemektedir<sup>69</sup>.

İkincisi ve önemli olanı anayasa yargısıdır. Şekli sınırlamanın bir anlamının olabilmesi için tali kurucu iktidarın yapmış olduğu anayasa değişikliklerinin, anayasa da öngörülen şekil ve usullere uygunluğunu denetleyen özel bir mahkeme tarafından denetime tabi tutulması gerekmektedir. Şayet böyle bir denetim söz konusu değilse, tali kurucu iktidar olma sadece teoride kalmış olur, pratikte hiçbir kıymeti yoktur.

<sup>65</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 148 ; Gözler, a.g.e., 1998, s. 115.

<sup>66</sup> Çavuşoğlu, a.g.e., 1997, s. 34.

<sup>67</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 122 ; Teziç, a.g.e., 2001, s.167-168.

<sup>68</sup> Bkz. (Tam Metin İçin) Türk Ceza Kanunu 146. madde.

<sup>69</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 123.

Şekli yönden sınırlı bir iktidar olan tali kurucu iktidarın, maddi yönden sınırlı olup olmadığı, yani tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirirken bir takım kayıtlamalarla bağlı olup olmama konusu tartışmalıdır. Anayasa normlarının üstünde bir takım üstün normların var olduğunu ( süpra-pozitif temel normlar, tabii adalet, objektif ahlak normları gibi.) ve tali kurucu iktidarın, anayasa değişikliği yaparken bu üstün nitelikli normlara uyması gerektiğini söyleyenler gibi pozitif anayasa normlarının birbirine eşit olmadığını yani anayasa normları arasında diğerlerine nazaran üstün bazı normların olduğunu, bu normların özellikle iktidarın temelini sağlamlaştıran kurallar olduğunu (örneğin cumhuriyetin niteliklerine ilişkin hükümler gibi.), dolayısıyla tali kurucu iktidarın maddi yönden sınırlı olduğu görüşünü savunan yazarların yanı sıra tam tersini savunan bazı yazarlarda vardır. Bu yazarlar, anayasa normları arasında herhangi bir hiyerarşinin<sup>70</sup> varlığını kabul etmezler. Usulüne göre gerçekleştirilmiş anayasa değişikliği neticesinde ortaya çıkan yeni norm ile aynı anayasanın diğer normlarının aynı hukuki değere sahip olduğunu; tali kurucu iktidarın asli kurucu iktidara bağlı olması, koyduğu kuralların asli kurucu iktidarın koyduğu kurallardan daha aşağı bir değerde olması sonucunu doğurmayacağını, hülasa tali kurucu iktidarın da maddi bakımdan asli kurucu iktidar gibi sınırsız olduğunu söylerler. Tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirirken içeriğiyle bağlı olmadığı, yani maddi bakımdan sınırsız olduğu söylenebilir. Ancak bazı ayrıksı durumların açıklığa kavuşması gerekmektedir<sup>71</sup>. Bunlar;

- a) Tali kurucu iktidar, değiştirilmesi asli kurucu iktidarca yasaklanmış anayasal hükümleri değiştirebilir mi?
- b) Tali kurucu iktidar, anayasa için öngörülen değiştirilme yasağı süresi içinde anayasayı değiştirebilir mi?
- c) Tali kurucu iktidar, anayasanın değiştirilme usulünü değiştirebilir mi?
- d) Tali kurucu iktidar, anayasayı bütünüyle değiştirebilir mi?
- e) Tali kurucu iktidar en önemlisi anayasanın ruhunu değiştirebilir mi?

Asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yaparken rejimi ve devlet yapısını korumak ve kısmen de olsa istikrarı sağlayabilme kaygılarıyla, kendisinden sonra anayasada değişiklik

<sup>70</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Kitabevi, Bursa 1999, s. 153.

<sup>71</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 132-135.

yapabilecek olan tali kurucu iktidara, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesine dair açıkça yasaklamalar koymaktadır. Bu tür yasaklamalara kısmi değişmezlik ya da içeriksel sınırlama denir. Dünya anayasalarının bir çoğunda yukarıda bahsedilen kaygıların etkisiyle bu tür yasaklara rastlanabilmektedir. 1949 Federal Almanya, 1958 Fransız, 1947 İtalyan, 1961 Türk, 1967 Brezilya, 1787 Amerika Anayasaları gibi. Bununla birlikte, toprak bütünlüğünü koruma, insan haklarına saygı, hukuk devleti ve demokrasiyi koruma gibi etkenler de tali kurucu iktidarı anayasayı değiştirirken sınırlamaktadır. 1959 Merkezi Afrika Cumhuriyeti, 1960 Somali, 1961 Kamerun, 1961 Moritanya ve 1961 Türk Anayasalarında olduğu gibi<sup>72</sup>.

Bir çok ülke anayasasında yer alan bu tür yasaklamaların bizim açımızdan önemi, söz konusu yasaklamaların hukuki değerinin olup olmadığı sorunudur. Bir kısım yazarlar, bu yasakların hukuki değil tarihi ve siyasi değerinin olduğunu söylemekle, anayasayı yasaklara rağmen, istedikleri gibi değiştirebileceklerini hatta bu yasakların tali kurucu iktidarın karşısında sadece birer “kağıttan engel” olabileceğini söylerler. Gözler ise, tali kurucu iktidar için getirilen yasaklamaların hukuki değerinin olduğunu ifade etmektedir. Yazar, asli kurucu iktidarın tali kurucu iktidara getirdiği yasaklamayla onu maddi açıdan sınırlandırmış olacağını, bunun mantıksal bir zorunluluktan kaynaklandığını ve tali kurucu iktidarında bu sınırlamaya uyması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi bir durum, tali kurucu iktidarın kendi kendini inkarı olacaktır ve tali iktidar olmaktan çıkarak asli iktidar hüviyetine bürünecektir. Buda hukuk düzeni dışına çıkmak olacaktır. Tali kurucu iktidar anayasal çerçevede kaldığı müddetçe isterse devletin şeklini değiştirmeye kalksın, hukuk dışına çıkmadığı müddetçe tali kurucu iktidar olmaya devam edecektir. Önemli olan ne yapmak istediği değil hangi yolu izlediğidir<sup>73</sup>.

Anayasalar, bazen belirli maddelerin değiştirilmesini yasakladıkları gibi bazen de anayasanın tümünün belli bir süre zarfında değiştirilmesini yasaklamaktadırlar. Bu tür yasaklamalara, “geçici değişmezlik” ya da “zamansal” yasaklamalar denir. Anayasaların yapımından belli bir tarihe kadar veya belirli bir olayın cereyanı süresince değiştirilemeyeceğine ilişkin yasaklar şeklinde ortaya çıkarlar. İlk duruma, 10 yıl için

<sup>72</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 136-137 ; Gözler, a.g.e., 1999, s. 168-170.

<sup>73</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 143-144 ; Rona Serozan, “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, İÜHF.M., Cilt XXXVII, Sayı 1-4, 1972, s. 135.

anayasada değişikliğe izin vermeyen 1791 Fransız Anayasası ile 5 yıl için izin vermeyen 1967 Paraguay, 1962 Kuveyt ve 1975 Yunanistan Anayasaları örnek verilirken; İkinci duruma 1964 Afganistan Anayasası'nda olağanüstü hal, 1967 Brezilya Anayasası'nda sıkı yönetim, 1962 Burundi, 1968 Lüksemburg, 1952 Ürdün Anayasalarında Krallığın naiplik<sup>74</sup> ile idare edildiği dönem süresince anayasa değişikliği yapılmasının yasaklanması örnek verilebilir. Söz konusu yasaklamalar hukuki değer ifade eden yasaklamalardır, tali kurucu iktidar bu yasaklara riayet ederek anayasayı değiştiremeyecektir. Aksi halde tali kurucu olma özelliğini yitirecektir<sup>75</sup>.

Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidar tarafından anayasanın değiştirilmesi hususunda getirilen yasaklamaların dışına çıkmadığı müddetçe, anayasanın geri kalan hükümlerini herhangi bir sınırlamayla karşılaşmaksızın değiştirebilmektedir. Değiştirilmeleri hususunda herhangi bir yasaklama olmayan anayasal hükümlerden biri de anayasaların değiştirilme usulüne ilişkin anayasa hükmüdür.

Anayasanın değiştirilme usulünün, tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi noktasında iki görüş ileri sürülmektedir. Bir grup yazar, anayasanın değiştirilmesi ile ilgili hükümlerin, anayasanın “*kilit*” kısmını oluşturduğunu ve bu hükümlerin değiştirilemeyeceğini öne sürmektedirler. Söz konusu hükümlerin değiştirilmesi ile bu hükümler dışında kalan anayasal hükümlerin değiştirilmesinin bir birinden farklı olması gerektiğini, aksi söz konusu olduğunda anayasanın katılığının ortadan kalkacağını, bunun da anayasayı ortadan kaldırma anlamına geleceğini, bu yetkinin tali kurucu iktidara değil asli kurucu iktidara ait olduğunu öne sürerek savlarını kuvvetlendirmeye çalışmışlardır. 2/3 ile değiştirilebilen bir anayasanın ½ gibi daha az bir çoğunlukla değiştirilmesi örneğinde olduğu gibi<sup>76</sup>.

Buna mukabil, anayasanın değiştirilme usulünü düzenleyen hükmünün, tıpkı diğer anayasa hükümleri gibi değiştirilebileceğini, aralarında nitelik olarak hiçbir fark olmadığını,

<sup>74</sup> Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz., Kemal Gözler, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2001 a, s. 52-53.

<sup>75</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 147-148 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 162.

<sup>76</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 151 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 171-172.

zira söz konusu değişikliğe muhatap olan anayasa hükümlerinin aynı anayasada yer aldığı, sonuçta her iki düzenlemenin de değiştirilebilir anayasa hükmü olduğunu savunan yazarlar da vardır. Kaldı ki anayasaların değiştirilme usulünün değiştirilmesi, anayasaların uygulanması esnasında meydana gelebilecek bir takım sakıncaların giderilmesi anlamına gelecektir. Bir çok ülkede örneği görülen bu tür uygulamalara; 3 Haziran 1958 tarihli bir kanunla Fransa'da 1946 Anayasasının değiştirilme usulüne ilişkin 90. maddesine son verilerek, hükümete anayasayı değiştirme yetkisinin verilmesinde olduğu gibi, 1982 Türk Anayasası'nda yapılan 1987 tarihli bir değişiklik; anayasa değişikliğine ilişkin olarak verilen teklifin kabulü için aranan asgari yeter sayı üye tam sayısının üçte ikisinden (2/3) beşte üçe (3/5) indirilmesi, anayasa değişikliğine ilişkin oylamanın gizli yapılması ve değişikliklerin Cumhurbaşkanınca halk oylamasına sunulmasını da örnek gösterebiliriz<sup>77</sup>.

Tali kurucu iktidarın anayasayı bütünüyle değiştirip değiştiremeyeceği konusu da tartışmalı bir konudur. Tartışmalara geçmeden önce anayasanın bütünü kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmak gerekir. Anayasanın bütünü kavramıyla kastedilen, anayasanın değiştirilemeyecek maddeleri de dahil olmak üzere tüm maddelerinin değil, söz konusu değiştirilemeyecek maddelerinin dışında kalan maddelerdir. Aksi bir durumda ise anayasa bütünüyle herhangi bir tartışmaya mahal vermeksizin değiştirilebilecektir<sup>78</sup>.

Anayasanın bütünüyle değiştirilemeyeceği görüşü etrafında toplanan yazarlar; Anayasanın bütünüyle değişmesi durumunda mevcut anayasal düzenin ortadan kalkacağını ve bunun ancak asli kurucu iktidar tarafından yapılabileceğini; tali kurucu iktidara tanınan anayasayı değiştirme yetkisinin, anayasayı bütünüyle ortadan kaldırma şeklinde kötüye kullanılamayacağını ifade etmektedirler. 1952 Yunanistan Anayasası, bütünüyle değiştirilme yasağı içeren anayasalara örnek verilebilecek bir anayasadır<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Cem Eroğul, "Altıncı Anayasa Değişikliği", *Mülkiye*, C.25, sayı 231, Kasım-Aralık 2001, s. 271-272 ; Hikmet Tülen, "Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği Tartışmaları", *AÜEHFD*, C.IV, Sayı 1-2, 2000, s. 200 ; Gözler, a.g.e., 1998, s. 150-151 ; Atar, a.g.e., 2000, s. 118.

<sup>78</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 149.

<sup>79</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 149.



Pozitif hukukta, bizim de katıldığımız görüşe göre, bazı anayasalar kısmen ya da tamamen değiştirilebileceklerini kabul etmişlerdir. 1874 İsviçre Federal Anayasası, Fransa'da 25 Şubat 1875 tarihli Anayasal Kanun ile 1853 Arjantin, 1928 Paraguay, Küba, Uruguay, Venezuela ve 1923 Romanya Anayasaları bu tip anayasalardır<sup>80</sup>.

Anayasanın ruhunun değiştirilmesi, anayasanın bütünüyle değiştirilmesiyle yakından ilgilidir. Ancak daha önce anayasanın ruhu kavramından kastedilen nedir? Onun tanımlanması gereği vardır. Her anayasa mutlaka bir dünya görüşünün ürünüdür. Anayasaların amacı bu dünya görüşü çerçevesinde Devleti hukuki ve siyasi bir zemine oturtmaktır. Anayasanın ruhu denildiğinde anayasayı yapan bu dünya görüşünü ve ideolojisini anlarız. Mesela 1961 Anayasası'nın ruhunu saptamaya çalışan Kubalı'ya göre; bu Anayasanın benimsediği çift meclis sisteminin değiştirilerek tek meclis sistemine geçilmesi veya seçim sisteminin değiştirilmesi anayasanın ruhuna uygun iken; kadınların seçme ve seçilme haklarından mahrum bırakılması, mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması ve çok partili sistemin terk edilmesi anayasanın ruhuna aykırı olarak kabul edilir<sup>81</sup>.

Anayasayı yapan asli kurucu iktidarın sahip olduğu ideoloji, anayasanın tamamında kendini göstermektedir. Bu aynı zamanda tali kurucu iktidarın, değiştirmesi yasak olan anayasal hükümlerin dışında kalan hükümler üzerinde de kendini göstereceği anlamına da gelmektedir. Dolayısıyla tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın ideolojisinin üzerine sindiği bu anayasal hükümleri kolaylıkla değiştirebilecektir. Değiştirilebilecek olan anayasal hükümler arasında anayasanın ruhuna ilişkin olduğu iddiasıyla bir takım maddelere üstünlük tanımak; anayasal hükümler arasında suni bir hiyerarşi yaratmak anlamına gelecektir. O halde anayasanın ruhu hukuken saptanabilecek bir kavram değil, hukuk ötesi bir kavramdır. Bununla beraber her anayasa genel olarak bir ruha sahiptir. Bu, liberal sistemi benimseyen ülkeler için liberal, sosyalist sistemi benimseyen ülkeler için sosyalist dünya görüşüdür<sup>82</sup>.

Tali kurucu iktidar, anayasayı değiştirirken sadece lafzı ile değil, aynı zamanda ruhu ile bağlı olmak zorundadır. Aksi halde tali kurucu iktidar kendi varlık sebebi olan anayasayı

<sup>80</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 149 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 169.

<sup>81</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 154 ; Gözler, a.g.e., 1999, s. 219-235.

<sup>82</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 155.

ve onun dayandığı temel ilkeleri yıkmış olacaktır ki bu da anayasanın bütünüyle ortadan kalkması anlamına gelecektir. Anayasanın temel ilkeleri ortadan kaldırıldığında dolayısıyla anayasal düzende ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu, tali kurucu iktidarın bindiği dalı kesmesi anlamına gelecektir. Bu kaygılardan ötürü tali kurucu iktidarın, anayasa değişikliklerini yaparken daha dikkatli olması ve anayasanın özünü ihlal etmemesi gerekmektedir<sup>83</sup>.

Tali kurucu iktidar, yasal yollarla iktidara geldikten sonra mevcut anayasadaki usulleri kullanarak öyle değişiklikler yaparlar ki; önceki rejimin devam ettiği zannedilir fakat gerçekte eski ile yeni arasında farklılık söz konusudur. Bu duruma “Anayasaya karşı hile” denmektedir. 1925 de İtalya’da Mussolini, 1933 ve 1934 tarihli Weimar Anayasasındaki değişikliklerle Hitler ve II.Dünya Savaşı sonrası Doğu Avrupa bloğu ülkeleri bu yollarla rejimlerini değiştirerek anayasalarının özünü dolayısıyla ruhunu değiştirmişlerdir<sup>84</sup>.

### 1.3. Türkiye’de Anayasa Değişikliği Süreci

Asli kurucu iktidarın yaptığı anayasal metinler, yapıldıkları dönem sonrası getirilen kısa süreli bazı yasaklamalara rağmen, günün gelişen ve değişen ihtiyaçları karşısında zamanı geldiğinde tali kurucu iktidarlar tarafından kaçınılmaz olarak değiştirilecektir. Asli kurucu iktidar, gelecek kuşakları kendi dönemleri içerisinde cereyan eden olaylara ve bu olayların neticesinde ortaya çıkan metinlere mahkum edemez. Aksi halde ihtiyaçları karşılamaktan uzak kendi kendisini dahi tatmin edemeyen fosilleşmiş yazılı kurallar manzumesi olarak kalmaktan öteye gidemezler. Aldıkaçtı, 1982 Anayasasının yapımında Komisyon Başkanı olarak ifadelerinde;

“...Bir toplum olduğu gibi kalmaz ve bir toplum daima gelişir. Gelişmekte olan bir toplumun dayandığı sosyal değerler zamanla değişir. Hukuk kuralları dahi değişir. Bir toplumun dayandığı sosyal kuralların yahut hukuk kaidelerinin değişmeyeceğini, değişmesinin mümkün olmayacağını düşünmek eşyanın tabiatına aykırı bir durumdur. Bir hukuk kuralı değiştirilecek

<sup>83</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 152 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 170.

<sup>84</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 152 ; Teziç, a.g.e., 2001, s. 170.

olursa, değiştirilmek istenirse; bir sosyal değer değiştirilmek istenirse, buna karşı çıkılmaz.

Buna karşı çıkmaya çalışmak, toplumu olduğu yerde bırakmak fikrine eş anlamına gelir...”

diyerek, anayasaların toplumsal gereklilik ifade etmeleri durumunda değişime uğrayabileceklerini vurgulamıştır<sup>85</sup>.

Asli kurucu iktidarın mahsulü olan bir anayasada değişiklik söz konusu olduğunda, acaba bu değişiklik hangi yöntem ve usul izlenerek yapılacaktır. Bu soruların cevabını ve anayasa değişikliklerinin sınırlarını yazılı anayasalar daha keskin hatlarla çizmişlerdir. 1982 Anayasası da gerek değiştirilmesi yasak olan hükümleri ihtiva etmesi gerekse diğer anayasal hükümlerin değiştirilmesinde izlemiş olduğu süreci zorlaştırmış olması dolayısıyla bu sınıfa giren bir anayasadır. Bu bölümde 1982 Anayasasının değiştirilme yöntem ve usulünü teklif aşamasından, kabul edilerek yürürlük kazandığı aşamaya kadar sırasıyla inceleyeceğiz.

### 1.3.1. Teklif

Anayasa değişiklik sürecinden bahsedebilmek için her şeyden önce yapılmak istenilen anayasa değişikliğini içeren bir önerenin, yetkili kişi veya kişiler tarafından, belli usuller izlenerek yasama organına sunulması gerekmektedir. 1982 Anayasasının anayasa değişikliklerinin teklifine ilişkin düzenlemesini yetki, şekil ve konu unsurları bakımından inceleyelim.

1982 Anayasasının 17.05.1987 tarih ve 3361 sayılı değişiklik neticesinde almış olduğu son haliyle; “Anayasanın değiştirilmesi TBMM üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir” demektedir<sup>86</sup>. Bu anayasal ifadeden de anlaşılacağı gibi anayasa değişikliği teklifinde bulunabilme yetkisi sıradan kanunlar için öngörülenden; yani bir kanun teklifi bir veya birden fazla milletvekili tarafından yapılabileceği gibi bakanlar kurulu tarafından da yapılabilir hükmünden, farklı olarak TBMM üye tam

<sup>85</sup> Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1993, s. 16-17. ; Tunaya, a.g.e., 1982, s. 130.

<sup>86</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 149 ; Çavuşoğlu, a.g.e., 1997, s. 36 ; Atar, a.g.e., 2002 a, 392.

sayısının en az üçte birinin yani 184, Tunç'un tespitiyle 183<sup>87</sup>, milletvekilinin imzasını şart koşmaktadır<sup>88</sup>.

Söz konusu düzenlemeyle, anayasa değişikliklerinin yasama meclisi gündemine taşınabilmesi için, üzerinde belli sayıda milletvekilinin mutabakat sağlaması gerektiğinin altı çizilmektedir. Buna ilaveten az sayıda milletvekilince yasama organı önüne getirilen ve kabul edilme olasılığı düşük olan anayasa değişiklikleri yasama organını dolayısıyla kamu oyunu gereksiz yere meşgul edeceği de aşikar bir gerçektir<sup>89</sup>.

Yasama organının 184 milletvekiline tanınan anayasa değişikliği teklifinde bulunma yetkisi, tıpkı 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da Bakanlar Kurulu'na tanınmamıştır. Bu anayasal hükmün daha demokratik olduğunu savunanların yanında; bizimde katıldığımız, günümüz parlamenter sistem içerisinde bu fikrin savunulamayacağı görüşü etrafında toplananlar da vardır. Özellikle de hükümet ile yasama çoğunluğunun bir partide toplanması halinde, iki organ arasında bir tür özdeşlik kurulacağı, bunun sonucu olarak her ne kadar Hükümete anayasa değişikliği teklifinde bulunma yetkisi tanınmasa da, parti disiplini mekanizması işletilerek anayasa değişikliği teklifi için kendi partisinden kolaylıkla değişiklik yeter sayısını bulacaktır<sup>90</sup>. Uygulamada kimi anayasa değişikliği tekliflerinin altında zamanın Başbakanının ve Bakanlarının imzalarını görmek mümkündür<sup>91</sup>.

Anayasanın 175. maddesinde “ Anayasanın değiştirilmesi TBMM üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir” ibaresinden anlaşılacağı gibi, değişiklik önergesinin Meclis Başkanlığına yazılı bir önerge olarak verilmesi ve bu önergede, öneride bulunan milletvekillerinin tümünün imzasının eksiksiz olarak bulunması gerekmektedir<sup>92</sup>. Değişiklik teklifi sunulan Meclis Başkanlığı, anayasa değişiklik teklifine ilişkin yeter

<sup>87</sup> Hasan Tunç, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 71.

<sup>88</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 23 ; Atar, a.g.e., 2002 a, 392.

<sup>89</sup> Onar, a.g.e., 1993, s.23-24 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 984.

<sup>90</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 24-25.

<sup>91</sup> 1961 Anayasasına geçici bir madde eklenmesine ilişkin 1974 tarihli anayasa değişikliği teklifinin altında Zonguldak Milletvekili Bülent Ecevit ve 215 arkadaşının imzasının olması olayı ile, 1987 tarihli anayasa değişiklik teklifinin İstanbul Milletvekili Turgut Özal ve 199 arkadaş tarafından verilmesi örneklerinde olduğu gibi ( Bkz., Onar, a.g.e., 1993, s. 25., Dpn: 5).

<sup>92</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 30 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 984.

sayısının olup olmadığını sayma yoluyla kontrol edecektir. Anayasa değişiklikleri anayasanın aynı maddesine ilişkin fakat bir birinden bağımsız bir şekilde Meclis Başkanlığına sunulmuş olabilir, Meclis Başkanı değişiklik önergesindeki bütün imzaların toplamının yeter sayıya ulaştığını görse dahi bunları geçerli bir değişiklik teklifi olarak kabul etmeyerek değerlendirmeye almayacaktır. Bu tür birden fazla önerenin birleştirilme yeri TBMM İç Tüzüğü'nün 36. maddesince ilgili komisyon olan Anayasa Komisyonudur. Ancak anayasa değişikliğine ilişkin birden fazla teklifin anayasa komisyonuna sevk edilebilmesi için yine önerenin üye tam sayısının üçte birinin imzasını taşıması gerekmektedir<sup>93</sup>.

Yeter imza ile Meclis Başkanlığı'na sunulan anayasa değişikliği teklifinde daha sonradan, komisyona sevk edilmeden önce, milletvekillerinin imzalarını geri çekmeleri sonucu imza yeter sayısında eksilmeler söz konusu olabilir<sup>94</sup>. Bu durum karşısında Meclis Başkanı değişiklik teklifini komisyona sevk etmeden öneri sahiplerine geri vermesi gerekir. Buna karşılık, teklif sahibi milletvekillerinden birinin ölmesi<sup>95</sup> veya milletvekili sıfatını kaybetmesi, anayasa değişikliği teklifinin geçerliliğini etkilemez. Çünkü ortada verildiği an geçerli olan bir anayasa değişiklik teklifi vardır ve imzalar da daha sonradan geri alınmış değildir<sup>96</sup>.

TBMM İç Tüzüğü'nün 74. maddesi "Kanun teklifleri de gerekçesi ile birlikte Başkanlığa verilir." Hükmünü içermektedir. Kanunlar yapılırken yukarıdaki açık hüküm gereğince gerekçeleri ile beraber TBMM Başkanlığına verilmelidir. Anayasanın 175.

<sup>93</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 30 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 984 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 393.

<sup>94</sup> Örneğin, 25 Kasım 1986 tarihinde 139 üye 1982 Anayasasının geçici 4. maddesi yürürlükten kaldırılmasına ilişkin yapılan değişiklik önerisinde 5 üye imzalarını geri almışlar. Buna rağmen 134 imza korunduğu için (Meclis üye tam sayısı o tarihte 400 idi) Başkanlık teklifi Komisyona havale etmesi olayı ile, 1961 Anayasasının TBMM üyelerinin ödenek ve yolluklarını düzenleyen 82. maddesinde değişiklik yapılması için 1971 yılında verilen önergeden bazı üyelerin madde metninin "makalede şamil" olduğu gerekçesiyle imzalarını geri almışlar, bazı milletvekilleri de teklife imza koymadıkları halde isimlerinin yer aldığını "hayretle" gördüklerini ifade etmişler ( Bkz., Onar, a.g.e., 1993, s. 31-32., Dpn: 16)

<sup>95</sup> 25 Kasım 1986 tarihinde, Anayasanın geçici 4. maddesinin kaldırılmasına yönelik değişiklik teklifinin TBMM Başkanlığına sunulmasından sonra teklif sahiplerinden Kemal Özer'in teklif komisyona sevk edilmeden önce vefat etmesi üzerine; Meclis Başkanı Karaduman, vefat olayının dikkate alınıp alınmayacağı sorununun muhatabının Anayasa komisyonu olduğu gerekçesiyle bu komisyona sevk etmiştir. Daha sonra bazı üyelerinde imzalarını geri çekmeleri ile yeter sayının altına düşülmüş ve Komisyon teklifi Meclis Başkanlığına iade etmiştir ( Bkz., Onar, a.g.e., 1993, s. 32., Dpn. 17).

<sup>96</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 31-32 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 984-985.

maddesi ise “ Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.” Anayasal hükmüyle anayasa değişikliklerinin de İçtüzük hükmü gereğince kanunlar için öngörülen hükümlere tabi olacağını ve dolayısıyla anayasa değişikliği tekliflerinin de gerekçeli olarak Meclis Başkanlığına verilmesi gerekmektedir. Gereksiz olarak Meclis Başkanlığına sunulan anayasa değişikliklerini Başkan teklif sahiplerine iade etmeli ve eksikliğin giderilmesini istemelidir<sup>97</sup>.

Anayasa değişiklik teklifinin konusu, mevcut anayasal hüküm veya hükümlerin değiştirilmesini ya da anayasaya yeni hükümlerin eklenmesini ifade etmektedir. 1982 Anayasası, 1924<sup>98</sup> ve 1961<sup>99</sup> Anayasalarında olduğu gibi anayasa değişikliği teklifini konu bakımından sınırlandırmıştır<sup>100</sup>. Anayasanın 4. maddesi, “Anayasanın 1. maddesindeki Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri *değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*”, hükmüyle; gerek sadece zikredilen bu hükümlerin değişiklik olarak teklif edilmesi, gerekse anayasanın değiştirilmek istenen diğer hükümleriyle beraber bu hükümlerden bir veya bir kaçının da içinde bulunduğu değişiklik teklifi şeklinde sunulması mümkün değildir. Böyle bir teklif Meclis Başkanına ulaşırsa, Başkan teklifi işleme koymayarak teklif sahiplerine iade edecektir<sup>101</sup>.

Anayasa değişiklik teklifi, yukarıda belirttiğimiz üç madde dışında kalmak koşuluyla, anayasanın bir veya birden fazla hükmüne ilişkin olabileceği gibi, tamamına ilişkinde olabilir. Anayasanın tamamının değiştirilmesi suretiyle elde edilen yeni anayasa metni, yeni bir anayasa değildir. Hukuki geçerlilik açısından yeni anayasa ile eski anayasa arasında herhangi bir fark yoktur. Yeni anayasa metni asli kurucu iktidar olayı değil, tali

<sup>97</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 33 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 985.

<sup>98</sup> 1924 Anayasası'nın 102/4. maddesi; “İş bu kanunun şekli-i devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci tadil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez” ( Atar Yavuz, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar**, Mimoza Yayınevi, 2. Baskı, Konya 2002, s. 178.).

<sup>99</sup> 1961 Anayasası'nın 9. maddesi; “ Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” (Bkz., Atar, a.g.e., 2002 b, s. 108.).

<sup>100</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 985.

<sup>101</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 27-28 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 985.

kurucu iktidar olayıdır. Söz konusu işlem yeni bir anayasa yapma işlemi değil, anayasanın değiştirilmesi işlemidir<sup>102</sup>.

### 1.3.2. Görüşme

Anayasa değişikliği sürecinde, teklif için yeterli sayı ve şartlar sağlandıktan sonraki aşama görüşme aşamasıdır. Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasına göre “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir”. Demek ki, anayasa değişiklikleri, söz konusu kayıtlar dışında, kanun teklif ve tasarıları için öngörülen görüşülme usullerine tabidir. Ancak 1982 Anayasası, kanunlar için öngördüğü, dolayısıyla anayasa değişiklikleri için de öngörmüş olacağı, görüşülme usul ve esaslarını kendisi düzenlememiş bu işi İçtüzük hükümlerine havale etmiştir. (Anayasa m. 88/2). İçtüzüğün 74/4 maddesi, kanun tekliflerinin doğrudan Genel Kurulda görüşülemeyeceğini, Meclis Başkanlığınca ilgili komisyona, İçtüzüğün 23/1 maddesine göre tespit ederek, sevk edilmek suretiyle görüşülmesi sağlanacağını belirtmiştir. Kanunlar için geçerli olan bu hüküm, anayasa değişiklikleri için de geçerli olacaktır. Meclis Başkanı anayasa değişikliği teklifini genel kurulda görüşülmeden önce, Anayasa Komisyonuna sevk edecektir<sup>103</sup>.

#### 1.3.2.1. Anayasa Komisyonunda Görüşme

Meclis Başkanı tarafından, incelenip görüş bildirilmesi için, gönderilen anayasa değişikliği teklifini alan Anayasa Komisyonu, teklif üzerindeki incelemelerini yapar ve vardığı sonuçları bir rapor halinde Genel Kurula sunulması için Meclis Başkanlığına gönderir. Raporla, değiştirilmesi talep edilen anayasa değişikliği hakkında Anayasa Komisyonunun düşünceleri ile yapılan değişikliklerin gerekçeleri yer almaktadır (İçtüzük m. 42/1). Komisyon incelemesini 45 gün içerisinde tamamlamalıdır (İçtüzük m. 37/1), aksi halde Hükümet veya teklif sahiplerinin istemi üzerine ve Genel Kurulun kabulü ile teklif doğrudan Genel Kurul gündemine alınmış olacaktır (İçtüzük 37/2)<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 985.

<sup>103</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 985-986 ; Soysal, a.g.e., 1993, s. 254-255 ; Onar, a.g.e., 1993, s. 36.

<sup>104</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 37-38 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 986 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 393-394.

Anayasa değişiklik teklifi, hem Anayasa Komisyonuna sevk edildiğinde, hem de komisyonda görüşüldüğü sırada TBMM üye tam sayısının en az üçte birinin imzasını taşımak zorundadır. Yeter imzayı taşımadığı halde Anayasa Komisyonuna sevk edilen anayasa değişikliği teklifini, komisyon incelemeyen Meclis Başkanlığına iade edecektir. Komisyona yeter imza ile sevk edilen bir anayasa değişikliği teklifi, komisyona geldikten sonra bu kabiliyetini yitirirse ne olacaktır? Komisyon incelemeye devam mı edecektir yoksa teklifi Meclis Başkanlığına iade mi edecektir?. Bu sorunun yanıtını İçtüzüğü'nün 73/1. maddesi şöyle vermektedir. "Hükümet veya teklif sahibi verilen kanun tasarı ve tekliflerini gündeme alınmadan evvel Genel Kurula bilgi vermek şartıyla geri alabilirler". Kanunlar için geçerli olan, Genel Kurul gündemine girene kadar geri alınabilme imkanı, Anayasanın 175/2. maddesiyle, Anayasada belirtilen özel koşullar hariç olmak üzere, anayasa değişiklikleri için de uygulanacaktır. İsteyen milletvekili anayasa değişikliği teklifi altındaki imzasını geri çekebilecektir. İmzaların geri alınması sebebiyle Anayasanın aradığı yeter şartı sağlayamayan anayasa değişikliği teklifi Meclis Başkanlığına iade edilecek ve Başkanlık durumdan Genel Kurulu haberdar edecektir<sup>105</sup>.

Anayasa değişikliği teklifleri, anayasanın aynı maddesine ilişkin ancak tek başına yeterli imzayı sağlayamayacak şekilde, ayrı teklifler halinde Meclis Başkanlığına sunulmuş olabilir. Meclis Başkanı ayrı ayrı olarak verilen anayasa değişikliği tekliflerini, yukarıda da söylediğimiz gibi, teklifteki imzaların toplamları yeterli sayıyı sağlamış olsalar dahi birleştiremeyecek ve Anayasa Komisyonuna sevk edecek. Bu şekilde Anayasa Komisyonuna gelen teklifler, İçtüzüğü'nün 35/1 maddesinin kanunlar için öngördüğünü anayasa değişiklikleri içinde öngörecek ve birbirleriyle ilgili görülen değişiklik tekliflerini birleştirme yoluna gidebilecektir. Birleştirmeden bahsedilebilmesi için; ayrı teklifler halinde sunulan anayasa değişikliği tekliflerinin, anayasanın aynı hükmüne ilişkin olması veya başka anayasa hükümlerine ilişkin olmakla beraber aralarında bir ilgi kurulabilmesi gerekecektir. Bunun taktiri Anayasa Komisyonuna aittir<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 39-41.

<sup>106</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 43.



Komisyonlar, Özbudun'un ifadesiyle "Bir konunun TBMM Genel Kuruluna gelmeden önce görüşülüp olgunlaştırıldığı kurullardır"<sup>107</sup>. Anayasa Komisyonu da söz konusu komisyonlardan biri olarak, önüne gelen anayasa değişikliklerinin varsa aksayan yönlerini konusunda uzman kişilerin gözüyle değerlendirilip, gerektiğinde düzelttiği ve sonuçta TBMM'nin yükünü hafifleten birimlerdir<sup>108</sup>. Anayasa değişiklikleri üzerindeki görüşmeler esnasında, teklif üzerinde esaslı değişiklikler yapılabilecek midir?. Bu konu tartışmalı olmakla beraber, komisyonca yapılan ekleme ve çıkarmalar, Meclis Başkanlığı tarafından sevk edilen orijinal anayasa değişikliği teklifinin daha rasyonel hale getirilerek daha da olgunlaştırılması adına hizmet etmelidir. Bu sağlanabildiği sürece anayasa değişiklikleri üzerinde komisyon değişiklik yapabilecektir, aksi halde amacına aykırı davranmış olacaktır<sup>109</sup>.

### 1.3.2.2. TBMM Genel Kurulunda Görüşme

1982 Anayasasınının 175. maddesinin birinci fıkrası Anayasa değişiklikleri hakkındaki tekliflerin Genel Kurulda görüşülme usulünü, İçtüzüğün 93/1 maddesine paralel olarak, kanunlardan farklı bir düzenlemeye tabi tutarak, iki defa görüşülmesi esasına bağlamıştır<sup>110</sup>. Özbudun; anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin diğer kanunlardan farklı olarak iki defa görüşülmesi şartını, anayasa değişikliklerinin aceleye getirilemeyeceği ve konunun üzerinde titizlikle durulması gereken bir konu olduğu, iki görüşme arasında kamu oyunun çeşitli yollarla bilgilendirilmesi gerektiği, adına hizmet edeceğini ifade etmiştir<sup>111</sup>.

Anayasa değişikliklerine ilişkin iki defa görüşülme esası, İçtüzüğün 93. maddesine göre yapılacaktır. Bu maddedeki esaslara göre yapılacak birinci görüşme, İçtüzüğün 81. maddesinde kanunlar için öngörülen şekilde yani anayasa değişikliği teklifinin tümü üzerinde yapılacaktır. Bu görüşmenin olumlu cereyan etmesi neticesinde değişiklik tekliflerinin teker teker görüşülmesine geçilecektir. Olumsuz olması halinde ise teklif reddedilmiş, olacağından sonraki aşamaya geçilemeyecektir. Maddelerin görüşülmesi

<sup>107</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 288 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 341-342.

<sup>108</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 44.

<sup>109</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 47.

<sup>110</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 50.

<sup>111</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 151.

hakkındaki oylama gizli oyla yapılacaktır. Oylamada aranan karar yeter sayısı üye tam sayısının beşte üçü olacaktır. Maddelere geçilmesinin kabulünden sonra, her bir madde teker teker görüşülüp oylanacak ve böylece birinci görüşme sonuçlanmış olacaktır<sup>112</sup>. Birinci görüşme neticesinde, anayasa değişikliği teklifindeki maddelerden biri veya bir çoğu kabul edilmemiş olabilir. Bu durumda ikinci görüşmede sadece birinci oylamada kabul edilmiş olan maddelerin görüşülmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kanunlar için mümkün olmayan değiştirilme imkanının, anayasa değişikliği için mümkün olmasını, ki bu anayasa değişikliklerini sıradan kanunlara göre daha kolay değiştirilebilir hale getirmek demektir, katı anayasa kavramıyla bağdaştırılabilmek mümkün değildir<sup>113</sup>.

Birinci görüşme tamamlandıktan kırk sekiz saat<sup>114</sup> sonra ikinci görüşmelere geçilir. İçtüzüğün 93/3 maddesine göre “ İkinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önerileri görüşülür, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilmez”. İkinci görüşmede, değişiklik önergesi verilmemişse başka bir işlem yapmaya gerek olmaksızın maddeler üzerinde ikinci oylamaya geçilir. İkinci görüşmenin sonunda anayasa değişikliğinin tümü üzerinde oylama yapılır (İçtüzük m. 94/1)<sup>115</sup>. Böylelikle anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi tamamlanmış olur.

Genel Kuruldaki görüşmeler sırasında, daha önce komisyondaki görüşmelerde olduğu gibi, anayasa değişikliği teklifi üzerinde değişiklik önerisinde bulunulabilecek midir? Bazı yazarlar; anayasa değişikliğine ilişkin Genel Kuruldaki görüşmeler esnasında, anayasa değişikliği teklifi üzerinde değişiklik yapılabileceğini, öneride bulunanların maksatlarını aşan yepyeni bir anayasa değişikliği önermeyeceklerini, yapılacak değişikliklerin düzeltme, ekleme veya çıkartmalardan öteye gitmeyeceğini ifade ederlerken, anayasa değişikliğine ilişkin maddeler üzerinde Genel Kuruldaki görüşmeler esnasında

<sup>112</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 50-51 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 986-987 ; Özbudun, a.g.e., 2002, s. 153.

<sup>113</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 153 ; Onar, a.g.e., 1993, s. 52-55.

<sup>114</sup> İki görüşme arasına böyle bir süre konulmakla, milletvekillerinin ilk görüşmenin etkisinden kısmen de olsa uzaklaşmaları ve kabul edilen maddeler üzerinde bir kez daha düşünme imkanı sağlanmış olacaktır (Onar, a.g.e., 1993, s. 58-59.). ; Bu sürenin konmasının bir başka amacının da kamu oyunun çeşitli yollardan ifade bulabilmesini sağlamak olduğu Özbudun tarafından ifade edilirken; Buna karşın, Hamzaoğlu tarafından, bu kadar kısa bir sürede etkili bir kamu oyunun oluşturulabilmesinin tartışma götürüleceği ileri sürülmüştür ( Bkz., Onar, a.g.e., 1993, s. 59. Dpn: 60.).

<sup>115</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 153 ; Onar, a.g.e., 1993, s. 51 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 988 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s . 394.

verilecek değişiklik önergelerinin de, kanun teklif ve tasarıları hakkındaki değişiklik önergeleri gibi, İttüzük hükümlerine tabi olması gerekeceğini ve en az beş milletvekilinin imzasını taşıması gerektiğini ( İttüzük m. 87/2) ifade etmektedirler<sup>116</sup>.

İttüzüğün seksen yedinci maddesinin birinci fıkrası, değişiklik teklifini verebilecekleri, milletvekilleri, esas komisyon ve Hükümet olarak sayma yoluyla göstermiştir. Ancak sıradan kanunlar için yapılan bu düzenleme anayasa değişiklikleri için farklı yorumlanmalıdır. Çünkü anayasa değişikliği teklif etme yetkisi olmayan Hükümetin anayasa değişikliği teklifinin görüşüldüğü sırada öneride bulunmasının pek bir mantığı yoktur<sup>117</sup>.

### 1.3.3. Karar

Anayasa değişikliği teklifi üzerinde yapılan görüşmeler bittikten sonra, TBMM Genel Kurulu olumlu veya olumsuz bir karar verecektir. Yani anayasa değişikliği teklifi ya kabul edilecek ya da edilmeyecektir. 1982 Anayasasının, anayasa değişikliğine ilişkin 175. maddesindeki düzenlemeye göz attığımızda, gerek 1924 ve 1961 Anayasalarındaki düzenlemelerle, gerekse 1987 anayasa değişikliği öncesi düzenlemeyle, sadece anayasa değişikliklerinin kabulü için getirilen karar yeter sayısı bakımından farklılık göstermekte, hazırlanma mantığı açısından ise herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Daha önceki anayasalar ve 1987 öncesi düzenleme, anayasa değişikliklerinin kabulü için üçte iki çoğunluğu ararken, 1987 değişiklikleri farklı bir düzenleme öngörerek, anayasa değişiklikleri için iki değişik karar yeter sayısı getirmiştir. Bu yeter sayı, TBMM üye tam sayısının beşte üçü ile üçte ikisidir.

TBMM üye tam sayısının 550 olduğu günümüzde, üye tam sayısının beşte üçü 330, üçte ikisi ise 366 milletvekiline karşılık gelmektedir. Anayasa değişikliğinin kabulüne ilişkin getirilen bu farklılık, Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderilmediği durumlarda, Cumhurbaşkanının anayasa değişikliklerini halkoylamasına götürebilme ihtiyarının olup olmaması, şeklinde kendisini

<sup>116</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 60.

<sup>117</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 62.

gösterecektir. 1982 Anayasası, anayasa değişikliğinin kabulü için üye tam sayısının beşte üç oyunun yeterli olduğunu ifade etmektedir. Gözler, söz konusu beşte üç çoğunluğun anayasa değişikliğine ilişkin olarak yapılan her oylamada aranması gerektiğini söylemektedir<sup>118</sup>. Beşte üç, üçte ikiye nazaran daha niteliksiz bir çoğunluktur. Bir anayasa değişikliği beşte üç veya beşte üçten daha fazla fakat üçte ikiden daha az bir çoğunlukla TBMM tarafından kabul edilip Cumhurbaşkanının onayına sunulursa; geri gönderilmediği takdirde, 1982 Anayasasının 175/4. maddesindeki hükmü gereğince Halk oylamasına sunulmak üzere Resmi Gazetede yayınlanmak zorundadır. Bu düzenlemeyle anayasa Cumhurbaşkanına irade serbestisi tanımamaktadır<sup>119</sup>.

Anayasa değişikliği, üçte iki veya daha fazla bir çoğunlukla kabul edilerek Cumhurbaşkanının önüne giderse, anayasa değişikliği teklifi üzerinde beşte üçe nazaran daha nitelikli bir çoğunluk sağlanmış olacaktır. Cumhurbaşkanının daha nitelikli bu yeter sayı karşısında sergileyeceği tavır, anayasanın 175/5. maddesi, anayasa değişikliğini halk oylamasına sunabilme ihtiyarı tanıma yoluyla belirlemiştir.

Anayasanın 175. maddesinin ilk fıkrası, anayasa değişikliği tekliflerinin kabulüne ilişkin oylamanın gizli yapılacağını öngörmüştür. Gizli oyla yapılmasının amacı, anayasa değişikliği gibi önemli bir konuda milletvekillerinin parti disiplininden uzak, kendi

<sup>118</sup> Anayasa değişikliği teklifi hakkında Meclis Genel Kurulunda tam dört değişik oylama yapılmaktadır. Birincisi; teklifin maddelerine geçilmesi hakkında oylama, ikincisi; birinci turda maddelerin her biri hakkında yapılan teker teker oylama, üçüncüsü; ikinci turda maddelerin her biri hakkında yapılan teker teker oylama, dördüncüsü; teklifin tümü hakkında yapılan oylama. Anayasada öngörülen bu beşte üçlük karar yeter sayısı, anayasa değişikliği teklifinin maddelerine geçilmesi hakkında yapılacak oylamada da aranır. Zira bu oylamada, teklifin maddelerine geçilmesi reddedilirse, anayasa değişikliği teklifi reddedilmiş sayılacaktır. Anayasa değişikliği teklifinin reddedilmesi sonucunu doğuracak bir oylamada haliyle anayasanın öngördüğü karar yeter sayısı aranmalıdır. Teklifin tümü üzerinde olumlu bir çoğunluk yoksa, teklifin maddelerinin görüşülmesine geçilmesinin zaman kaybından başka bir anlamı olmayacaktır. Teklifin tümü hakkında ret oyu veren çoğunluk, haliyle teklifin maddeleri hakkında da ret oyu verecektir. İçtüzüğün 81. maddesinde, teklifin tümü üzerindeki görüşmelerden sonra, maddelerin görüşülmesine geçilmeden, önce bu konuda bir oylama yapılmasını öngörmüştür. Böylece teklifin tümü hakkında olumsuz bir çoğunluk varsa teklif reddedilmiş sayılacak, böylece de zaman kaybedilmemiş olacaktır. Bunun en güzel örneğini, Mart-Nisan 2000'de "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101'inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi"nin maddelerine geçilmesi için 29 Mart 2000 günü yapılan 531 milletvekilinin katıldığı gizli oylamada 303 kabul, 202 ret, 11 çekimser, 6 geçersiz ve 9 boş oy çıkmıştır. 303 kabul oyu üye tem sayısının beşte üç çoğunluğuna ulaşmadığına göre, bu teklif reddedilmiş sayılmalıydı. Meclis Başkanı bu yönde karar vermemiş, teklifin maddelerinin görüşülmesine geçilmiş, ama hem birinci, hem de ikinci görüşmede reddedilmiştir. Böylece Meclis boşu boşuna bir hafta zaman kaybetmiştir ( Gözler, a.g.e., 2000, s. 992-993.).

<sup>119</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 63-64 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 990.

vicdanlarıyla baş başa kalarak, hür düşünceleri doğrultusunda karar vermelerini sağlamaktır. Gizli oy esası, İçtüzüğü'nün 94/1. maddesinde de yer almıştır. Madde hükmüne göre, "Anayasa değişikliği tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerinin kabulü ile ikinci görüşmenin sonunda tümünün kabulü üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür".<sup>120</sup>

Anayasa değişikliğinin tümü üzerinde yapılan oylama neticesinde, kabul oyları TBMM üye tam sayısının en az beşte üçüne tekabül ediyorsa anayasa değişikliği teklifi kabul edilmiş olur. Mukabilinde, anayasa değişikliği usulünün son aşaması olan onay aşamasına geçilecektir.

#### 1.3.4. Onay ve Halk Oylaması

1982 Anayasası, anayasa değişikliği sürecine, 1924 ve 1961 Anayasalarındaki düzenlemeye ek olarak birde onay safhası eklemiştir. TBMM'nce kabul edilen anayasa değişikliğinin yürürlük kanabilmesi için onay safhasından da geçmesi gerekmektedir. 1982 Anayasası onay yetkisini Cumhurbaşkanı ile Halk arasında paylaşmıştır. Anayasa değişikliği üzerinde Meclisin sağlamış olduğu sayısal çoğunluğa göre anayasa değişikliğinin halk oylamasına sunulup sunulmamasında izlenecek yol farklılık gösterecektir.<sup>121</sup>

Anayasa değişikliği tekliflerinin TBMM tarafından beşte üç (330) ile üçte iki arasında (366, bu sayıda dahil) bir çoğunlukla kabul edilmesi durumu ile üçte iki (367 ve daha fazlası) çoğunlukla kabul edilmesi durumu ayrı ayrı ele alınıp, onay safhası öyle incelenecektir.

Anayasa değişikliğine ilişkin oylama neticesinde ortaya çıkabilecek ilk aritmetik tablo, Meclisteki oylamanın, beşte üç veya daha fazla fakat üçte ikiden az olacak şekilde sonuçlanmasıdır. Bu çoğunluk karşısında Cumhurbaşkanı, değişikliğe ilişkin kanunu tekrar

<sup>120</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 74-75. ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 993.

<sup>121</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 154 ; Onar, a.g.e., 1993, s. 83 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 994 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s . 395.

görüştürmek üzere Meclise iade edebileceği gibi<sup>122</sup> halkoyuna sunulmak üzere Resmi gazete’de yayımlayabilecektir. Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun iade edilmemesi durumunda getirilen halkoyuna sunma, anayasal bir zorunluluktur. Yani anayasa değişikliğinin yukarıdaki çoğunlukla Meclis tarafından kabul edilmesi halinde, Cumhurbaşkanı ilgili anayasa değişikliği hakkındaki kanunu halkoylamasına sunacaktır. Kısacası anayasa Cumhurbaşkanına anayasa değişikliğine ilişkin kanunu onaylama yetkisi vermemektedir<sup>123</sup>.

Cumhurbaşkanının iadesi halinde anayasa değişikliği sürecinin devam edebilmesi için, Meclis söz konusu kanunu bu defa üçte iki çoğunlukla aynen kabul etmek zorundadır. Şayet TBMM kendisine geri gönderilen anayasa değişikliği kanununu üçte iki çoğunlukla aynen kabul edemezse anayasa değişikliği reddedilmiş olacaktır. Cumhurbaşkanı tarafından iade edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanunu, Meclisin üçte iki çoğunlukla aynen kabul ederse, anayasa Cumhurbaşkanına iki alternatif sunmaktadır. Biri söz konusu kanunu onaylamak, diğeri ise halkoylamasına sunmaktır. Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin kanunu onaylarsa kanun Resmi Gazetede yayımlanır ve yürürlüğe girer. Anayasa değişikliği halkoylamasına sunulacak olur, bu ihtiyari niteliğe sahip halkoylamasıdır, ve neticesinde geçerli oyların yarısından çoğu kabul yönünde tezahür ederse, anayasa değişikliği kanunu kesinleşir ve yürürlüğe girer<sup>124</sup>.

TBMM anayasa değişikliğine ilişkin kanunu üye tam sayısının en az üçte ikisi veya daha fazla bir çoğunluğu ile kabul ederse, Cumhurbaşkanı değişikliğe ilişkin kanunu, onaylayabilir, Meclise iade edebilir veya halkoylamasına da sunabilmektedir.

Cumhurbaşkanı anayasa değişikliğine ilişkin kanunu onaylama yoluna gidebilir. Bu takdirde anayasa değişikliği, Resmi Gazetede yayımlanır ve kesinlik kazanarak yürürlüğe girmiş olur<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Cumhurbaşkanı, söz konusu değişikliği, tümüne veya bir kısmına karşı olduğu için veya üzerinde bazı düzeltmeler yapılmasını istediği için geri gönderebilir. Anayasa değişikliğine ilişkin kanun, 15 gün içerisinde ve gerekçesiyle beraber Meclise iade edilmelidir ( Onar, a.g.e., 1993, s. 86. ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 399).

<sup>123</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 995.

<sup>124</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 154 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 996 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 397.

<sup>125</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 997.

Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin kanunu onaylamayarak halkoylamasına da götürebilir. Bu tür halkoylaması, değişiklik metninin Cumhurbaşkanınca Meclise iade edilmesi ve Meclisinde üçte iki çoğunlukla değişikliğe ilişkin kanunu aynen kabul etmesi durumundaki gibi ihtiyari niteliktedir. Halkoylaması neticesinde geçerli oyların yarısından fazlasının kabul yönünde tezahür etmesi halinde, anayasa değişikliği kanunu kesinleşmiş olur ve yürürlüğe girer.

Anayasanın, Cumhurbaşkanına tanıdığı bir başka alternatif de anayasa değişikliğine ilişkin kanunu bir kez daha görüşülmek üzere TBMM geri göndermektir. Cumhurbaşkanının anayasa değişikliğine ilişkin kanunu Meclise iade etmesi teknik açıdan geciktirici veto olarak adlandırılmaktadır<sup>126</sup>. Meclis iade karşısında üçte iki çoğunlukla bir refleks gösterir de, anayasa değişikliğine ilişkin kanunu aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı ilgili kanunu ya onaylayacaktır ya da halkoylamasına sunacaktır.

Cumhurbaşkanı anayasa değişikliği kanununu onaylarsa, anayasanın 85/1. maddesi gereğince, on beş gün içinde anayasa değişikliği kanunu Resmi Gazetede yayımlanır ve kesinleşerek yürürlüğe girer<sup>127</sup>.

Cumhurbaşkanı, Meclisin üçte iki veya daha fazla bir çoğunluğuyla aynen kabul ettiği anayasa değişikliğine ilişkin kanunu, dilediği takdirde halkoylamasına sunacaktır. Bu kanunların üçte iki veya daha fazla bir çoğunlukla kabulündeki gibi ihtiyari halkoylaması olacaktır. Halkoylaması neticesinde geçerli oyların yarısından çoğunun kabul doğrultusunda çıkması, anayasa değişikliğine ilişkin kanunun kesinleşerek yürürlüğe girmesi demektir<sup>128</sup>.

17.05.1987 tarihli anayasa değişikliğinin hemen ardından, 23.05. 1987 tarihinde yapılan anayasa değişikliklerinin halkoylamasına sunulması ile ilgili kanuna göre, üç durum karşısında halkoylamasına gidilir. Bunlardan birincisi mecburi, diğer ikisi de ihtiyaridir. Cumhurbaşkanı, TBMM’de üye tam sayısının beşte üçü ile üçte ikisi arasında bir çoğunlukla (yani 330-366) kabul edilen anayasa değişikliğini, bir kez daha görüşülmek

<sup>126</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 997 ; Onar, a.g.e., 1993, s. 85 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 399.

<sup>127</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 997.

<sup>128</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 997 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 397-398.

üzere Meclise geri göndermiyorsa, halkoyuna sunmak mecburiyetindedir. Bunun yanında, anayasa değişikliğinin ister doğrudan, isterse geri gönderilmesi durumu üzerine, üye tam sayısının üçte iki veya daha fazla bir çoğunlukla kabul edilmesi durumu karşısında, Cumhurbaşkanı dilerse anayasa değişikliğine ilişkin kanunu halkoylamasına sunacaktır. Cumhurbaşkanının özellikle bu son durum karşısında halkoylamasına gitmesini, Teziç, Cumhurbaşkanının anayasa değişikliği üzerindeki bir tür hakemliği olarak değerlendirmektedir<sup>129</sup>.

Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin kanunu bir küll halinde onaylamak veya halkoyuna sunmak zorunda değildir. Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun bazı maddelerini onaylayıp bazı maddelerini de halkoylamasına sunabilmektedir. Halkoylamasına sunulan maddelerin dışında kalan maddeler, Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer<sup>130</sup>.

Öte yandan, anayasa değişikliğine ilişkin kanunların kabulü sırasında Meclis, kanunun halkoylamasına sunulması halinde, anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı-ayrı oylanacağını karara bağlayabilir. Bu durum karşısında bazı maddelerin halkoylaması sonucunda kabul, bazı maddelerin de reddedilmesi mümkündür. Ancak Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin bazı maddelerinin halkoylamasına sunma kararı vermişse, Meclisin ayrı ayrı oylama kararı, Cumhurbaşkanının halkoylamasına sunduğu maddeler için geçerli olacaktır<sup>131</sup>.

23.05.1987 tarihli Anayasa Değişikliklerinin Halkoylamasına Sunulması Hakkındaki Kanunun 2. maddesi hükmü gereğince, anayasa değişikliğinin halkoylamasına sunulması, anayasa değişikliği kanununun Resmi Gazetede yayımlanmasını takip eden yüzyirminci günden sonraki ilk pazar günü yapılacaktır. Halkoylamasına katılımı sağlamak için kanunla her türlü tedbir alınabilir. Hatta para cezası dahi alınabilir. Halkoylamasının yönetim ve denetimi Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılır. Sonuçlar yine YSK tarafından ilan edilir. Halkoylamasında geçerli oylar dikkate alınır. Kabul için geçerli

<sup>129</sup> Onar, a.g.e., 1993, s. 95-96 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 998.

<sup>130</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 156; Onar, a.g.e., 1993, s. 100 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 998.

<sup>131</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 998.



oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekmektedir. Ülkemizde şimdiye kadar iki halkoylaması yapılmıştır. Birincisi 6 Eylül 1987, ikincisi 25 Eylül 1988 de yapılmıştır<sup>132</sup>.



---

<sup>132</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 999 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 399.



## İKİNCİ BÖLÜM

**TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER – ANAYASA İLİŞKİSİ VE 1982  
ANAYASASININ DEĞİŞTİRİLME ZORUNLULUĞUNU ORTAYA ÇIKARAN  
DİNAMİKLER**

## 2.1. Kavramsal Çerçeve

### 2.1.1. Hak ve Hürriyet Kavramı

Hak kavramı için değişik şekillerde tanımlamalar yapılmaktadır. Bu tanımlamalar içerisinde en eskisi ve yaygın olanına göre hak, kişilere hukuk düzeni tarafından tanınan bir irade kudreti, bir isteme<sup>133</sup> ve istediğinde ısrar etme<sup>134</sup> yetkisidir. Hak, hürriyetin soyut alemden çıkarak somut alemde büründüğü surettir. Hak, hukuken korunan menfaat, hukuk düzenince tanınan yetkidir.

Hak, kavramı üzerinde yukarıda da ifade edildiği gibi görüş birliği yoktur. Bu görüşler arasında üç görüş ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, “irade teorisi” şeklinde ifade edilen görüştür. Bu görüş yanlılarına göre hak; hukuk düzeninin kişilere tanımış olduğu irade gücüdür. Diğer bir ifadeyle, bir iradenin başka bir irade üzerindeki etkinliği demektir. Kişi, hakkın kendine tanımış olduğu bu güç sayesinde hukuk düzenini harekete geçirme olanağını kullanarak başkalarının tutum ve davranışlarını yönlendirme imkanına sahiptir. Birey, ancak, başkalarına kendi iradesini kabul ettirebildiği, onu iradesine göre zorlayabildiği takdirde hak sahibidir<sup>135</sup>. Bu teori iki açıdan eleştiriye muhatap olmuştur. Birincisi, hakkın irade gücünden ibaret olduğu kabul edilecek olursa, temyiz kudreti bulunmayan kişilerin haklardan mahrum olması gerekirdi, halbuki, temyiz kudretine sahip olmayanlar da hak sahibi olabilmekte, hukuk tarafından korunmaktadır<sup>136</sup>. İkincisi, bu teoride hak sadece dışa bakan yönüyle ele alınıp, hak sahibine üçüncü şahıslar karşısında tanımış olduğu yetkiler açısından, iç muhtevasının ihmal edilmiş olmasıdır<sup>137</sup>.

“Menfaat (çıkar) teorisi”ne göre, hak, hukuk düzeni tarafından korunan menfaatlerdir<sup>138</sup>. Diğer bir ifadeyle, bir menfaatin hak olarak kabul edilebilmesi için

<sup>133</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 205.

<sup>134</sup> Enver Bozkurt, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara Kasım 2003, s. 7.

<sup>135</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2003, s. 160 ; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, 8. Baskı, Ankara, Ocak 2001, s. 44-45 ; Mehmet Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, Mimoza Yayınları, Konya 2003, s. 79.

<sup>136</sup> Güriz, a.g.e., 2001, s. 45 ; Ayan, a.g.e., 2003, s. 79.

<sup>137</sup> Ayan, a.g.e., 2003, s.79.

<sup>138</sup> Ayan, a.g.e., 2003, s.80.

hukuk tarafından korunması yeterlidir<sup>139</sup>. Bu koruma kapsamına sadece maddi değil, manevi menfaatlerde girmektedir<sup>140</sup>. Bu teori, hukuk tarafından koruma altına alınan bütün menfaatlerin hak sayılamayacağı, hak tanınırken hak sahibinin iradesinin de göz önünde bulundurulmaması ve hakkın dış muhtevasının ihmal edilmesi gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>141</sup>.

İrade ve menfaat teorilerinin eleştirilen yönleri dikkate alınarak Jellinek tarafından üçüncü bir teori geliştirilmiştir. Bu teoriye göre hak, hukuk düzenince korunmuş ve kullanılması sahibinin iradesine terkedilmiş menfaatlerdir. Karma teori, iradenin yanı sıra, menfaatin de hakkın bir unsuru olduğunu kabul etmektedir<sup>142</sup>.

Hürriyet kavramı ise, bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranma veya davranmama erki olarak tanımlanmaktadır<sup>143</sup>. Hürriyet, bireyin içinde yaşadığı toplumda sahip olduğu kişisel ve özel bağımsızlık alanıdır. Bu alan bireyin inisiyatifiyle şekillendirilecektir<sup>144</sup>. Bu tanımlamada dikkati çeken nokta, hürriyetin insan fiilinin bir niteliği olarak kullanılmış olmasıdır. Buna bağlı olarak hürriyet kavramından serbest insan fiili anlaşılmalıdır<sup>145</sup>.

Hak ile özgürlük kavramları arasında girift bir ilişki mevcuttur. Özgürlük bir haktır; ancak her hak özgürlük değildir. Hürriyet soyut bir kavram iken, hak, özgürlüğün somut olarak dışa vurulması, usuli güvencesi ve gerçekleşme aracıdır. Bu özelliğine binaen hak, mahkeme önünde ileri sürülebilmektedir. Örneğin, çeşitli nedenlerle yurt dışına çıkma fiili, bireyin seyahat özgürlüğü kapsamında yer almaktadır. Bu özgürlüğün kullanılması bireyin iradesi dahilindedir. Hak ise, söz konusu özgürlüğün uygulamaya konmasında meydana gelebilecek engellerin varlığı halinde

<sup>139</sup> Gözübüyük, a.g.e., 2003, s. 160.

<sup>140</sup> Güriz, a.g.e., 2001, s. 45.

<sup>141</sup> Ayan, a.g.e., 2003, s.80.

<sup>142</sup> Güriz, a.g.e., 2001, s. 46.

<sup>143</sup> Oktay Uygun, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 6.

<sup>144</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul, 1993, s. 11.

<sup>145</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 204.

(bireyin pasaport talebinin reddedilmesi gibi) gündeme gelecektir. Bu aksaklığın giderilmesini birey, mahkemelerden talep edebilecektir<sup>146</sup>.

Hürriyetlerin gerçekleştirilmesi noktasında başkalarının veya devletin herhangi bir şey yapması söz konusu değildir. Hürriyet, bireyin fiiliyle gerçekleşmektedir. Hakkın gerçekleşmesi için ise, hak sahibi birey dışında diğer bireylerin veya devletin hak sahibi birey lehine bazı fedakarlıklarda bulunması söz konusudur. Hakkın gerçekleştirilmesi hürriyette olduğu gibi bireyin gerçekleştirilmesiyle değil, başka bireylerin veya devletin fiilleri ile gerçekleşmektedir<sup>147</sup>.

Hak ve hürriyet konusunda yukarıda yapılan teorik ayrımın, 1982 Anayasası açısından geçerli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Anayasanın bazı maddelerinde hürriyet<sup>148</sup>, bazı maddelerinde ise hak<sup>149</sup> terimi kullanılmaktadır. Hatta bazı maddelerin kenar başlıklarında hürriyet terimi kullanılırken madde metninde hak terimi kullanılmaktadır. Örneğin, 33. maddenin kenar başlığı “dernek kurma hürriyeti” iken madde metninde “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olmaya ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir” denmektedir<sup>150</sup>. Her ne kadar madde kenar başlıkları Anayasanın metninden sayılmıyorsa da anayasa yapıcının hak ve hürriyet kavramları konusunda terim birliğini sağlaması gerekmektedir.

<sup>146</sup> Kaboğlu, a.g.e., 1993, s. 12-13.

<sup>147</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 205.

<sup>148</sup> 1982 Anayasası'nın “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenen, haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), dernek kurma hürriyeti (m.33) ve hak arama hürriyeti (m.36) söz konusu duruma örnek gösterilebilir düzenlemelerdir. (Bkz. Gözler, a.g.e., 2000, s. 205.Dpn. 11).

<sup>149</sup> Örnek olarak, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenen, süreli ve süresiz yayın hakkı (m.29), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), ispat hakkı (m.39); “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenen, sendika kurma hakkı (m.51), toplu iş sözleşmesi hakkı (m.53), konut hakkı (m.57); “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenen dilekçe hakkı (m.74) gösterilebilir. (Bkz. Gözler, a.g.e., 2000, s. 205.Dpn. 12).

<sup>150</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 205.

### 2.1.2. İnsan Hakları

Temel hak ve hürriyetler alanında kullanılan kavramlar arasında en kapsamlı olanı insan haklarıdır<sup>151</sup>. İnsan hakları, insan değerini koruyan ve insanın, hem maddi hem de manevi varlığının gelişimini amaçlayan, üstün nitelikli kurallar bütünüdür<sup>152</sup>. İnsan hakları teorik olarak, hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün insanların yararlanabileceği ideal hakları ifade etmektedir. Bu haklar, ahlakilik düşüncesinden kaynaklanan haklardır. İnsan hakları kavramını tabii hukuk yanlısı yazarlar kullanmaktadırlar. Söz konusu görüş taraftarları, bu alanda var olan düzenlemelerden ziyade olması gereken düzenlemelere vurgu yapmaktadırlar<sup>153</sup>.

İnsan hakları, ortaya çıkışları bakımından incelendiğinde negatif karakterli hak oldukları görülecektir. Diğer bir ifadeyle, bu haklar, kişinin sahip olduğu üstün nitelikteki hak ve özgürlükleri, gerek bireylerin gerekse devletin müdahalesine imkan vermeyecek bir şekilde koruyarak, kullanım alanını bireyin tekeline terk etmektedir<sup>154</sup>.

1982 Anayasası insan hakları terimini, kural olarak benimsememekle beraber, Cumhuriyetin niteliklerini ortaya koyan 2. maddesinde, siyasi parti kurma ve siyasi partilere girme ve çıkmayı düzenleyen 68. maddesinde, milletvekillerinin göreve başlarken okudukları and içme metnini düzenleyen 81. maddesinde ve Cumhurbaşkanının göreve başlarken okuduğu and içme metnini düzenleyen 103. maddesinde istisnai olarak birer kere kullanılmıştır<sup>155</sup>.

### 2.1.3. Temel Hak ve Hürriyetler Kavramı

Temel hak ve hürriyetler; tabii hukuk görüşünü benimsemiş yazarlarca, ulaşılmaması gereken bir ideali ifade eden insan haklarının, pozitif hukuk tarafından gerçekleştirilebilmiş kısmıdır. Diğer bir ifadeyle, insan haklarının devlet tarafından

<sup>151</sup> Uygun, a.g.e., 1992, s. 4.

<sup>152</sup> Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995, s. 19.

<sup>153</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 14 ; Bozkurt, a.g.e., 2003, s. 11 ; Gözler, a.g.e., 2000, s.206.

<sup>154</sup> Bozkurt, a.g.e., 2003, s. 12.

<sup>155</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s.206.

tanınmış ve yürürlükteki hukuk kuralları arasında yerini almış olan bölümünü ifade eder<sup>156</sup>. Özetle, temel haklar, pozitif hukukun güvence altına aldığı, gerek yasama, gerekse yürütme organlarının tasarrufu ile kolaylıkla değiştirilemeyen ve kaldırılamayan haklar olarak tanımlanmaktadır. Temel hak ve hürriyetler, bu bağlamda “kamu hürriyetleri” veya “anayasal haklar” olarak da nitelendirilmektedir<sup>157</sup>.

Pozitif hukuk tarafından tanınan ve güvence altına alınan haklar biçimindeki temel hak ve hürriyetler tanımlamasında, özellikle bu haklardan yararlanacak olan bireyler açısından, tam anlamıyla bir netlik bulunmamaktadır. Şöyle ki, pozitif hukukun kaynakları arasında anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik gibi pozitif hukuk belgeleri yer alır. Yukarıdaki tanımlamaya göre, bunların herhangi biri tarafından tanınan temel hak ve hürriyetler, birer temel hak ve hürriyet olacaktır. Örneğin, anayasa ile tanınmış ve güvence altına alınmış bir hak ile, kanun tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış hak ve hürriyet de, birer temel hak ve hürriyet olacaktır. Oysa ki, söz konusu düzenlemelerin bireylere sağlamış oldukları hukuki güvence oldukça farklıdır. Anayasa kapsamında düzenlenen bir hak, bireyi yasama organına karşı korurken, kanun ile tanınmış bir hak aynı korumayı gerçekleştiremeyecektir<sup>158</sup>.

Temel haklar için “anayasal haklar” nitelendirmesinin yapıldığına yukarıda değinmiştik. “Anayasal haklar” nitelendirmesi beraberinde, “temel olan”, “temel olmayan” hak ayırımını gündeme getirmektedir. Anayasal güvenceye bağlanmayan (yasa veya düzenleyici işlemlerce tanınan haklar) hakları, temel olmayan haklar olarak nitelendirmek mümkün olacaktır. Bu ayırımı göz önüne alınan ölçüt, hakların değerleri değil, bizatihi korunma rejimleridir<sup>159</sup>. Temel olan haklar anayasa tarafından tanınan ve korunan haklardır. Bu nedenle, temel haklara yasama ve yürütme organı herhangi bir müdahalede bulunamazken, temel olmayan, yani anayasa ile değil de kanun ya da diğer düzenleyici işlemler ile tanınan ve koruma altına haklara ise müdahale edilebilmektedir<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 14.

<sup>157</sup> Uygun, a.g.e., 1992, s. 5.

<sup>158</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s.208.

<sup>159</sup> Uygun, a.g.e., 1992, s. 5-6.

<sup>160</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s.208.

## 2.2. Genel Olarak Temel Hak ve Hürriyet Anayasa İlişkisi

Kişi hak ve hürriyetlerinin tanınması ve korunması, demokrasinin olmazsa olmaz ilkelerindedir. Bir anayasanın özünü şüphesiz ki temel hak hürriyetler oluşturur<sup>161</sup>. İnsan hak ve hürriyetleri, soyut kavram olmaktan çıkıp, somut olarak anayasalarda kendilerine yer bulabildikleri ölçüde, siyasal iktidar karşısında insanlara güvence sağlayabilecektir. Siyasal iktidarın işleyişinin belli, açık ve kesin kurallara bağlamanın iktidarın sınırlandırılmasında zorunlu bir aşama olduğu düşüncesi gelişmiş ve çözümün ancak söz konusu kuralların bağlayıcı güce sahip, üstün yazılı bir belgede toplanmasıyla olacağı öngörülmüştür<sup>162</sup>. Aksi takdirde, yetkilerinin sınırları çizilmemiş bir iktidarın, oyunu kurallarına göre oynamasını beklemek aşırı iyimserlik olacaktır. Anayasaların, özellikle yazılı olanlarının, ortaya çıkış gayesi, kişi karşısında mutlak anlamda üstün güce sahip olan siyasal iktidara oyunun kurallarını hatırlatmak olmuştur<sup>163</sup>. Yazılı anayasalar, insan hak ve hürriyetleri açısından, siyasal iktidara sahne arkasından rolünü unutmaması için hatırlatmada bulunan suflör görevini üstlenmiştir. Kısacası geçmişten günümüze anayasacılık hareketlerinin temelini, söz konusu hak ve hürriyetlerin, siyasal iktidar sahiplerinin mutlak gücü karşısında güvence altına alma çabası oluşturmaktadır<sup>164</sup>.

Siyasal iktidarın sınırlanması hemfikri, ancak siyasal iktidarı sınırlayacak olan kuralların, siyasi gücün değişik organları arasında paylaşılması ve bütün siyasal güç odaklarının müdahalelerine kapalı bireysel-özerk alanlar oluşturulması yoluyla gerçekleştirilecektir. Bu şekilde anayasalar, devletin işleyişini iktidarın sınırlanması amacından hareketle düzenleyen ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin insan haklarına sağlamış olduğu güvencelerin yer aldığı yazılı belge anlamına gelir. Bu amaca hizmet etmeyen ve belirtilen kıstasları taşımayan anayasalar anayasa niteliğine değer görülmemiştir. Bu anlayış kendisine, 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesinde

<sup>161</sup> Yavuz Atar, "Anayasa Yapımında İnsan Haklarının Düzenlenmesi ve Sınırlanmasıyla İlgili Tercihler", *Yeni Türkiye*, S. 21, 1998, s. 617.

<sup>162</sup> Mithat Sancar, "İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Haziran 1992, s. 3.

<sup>163</sup> Atar, a.g.m., s. 617.

<sup>164</sup> Sancar, a.g.m., s. 3.



çarpıcı bir şekilde ifade bulmuştur. Buna göre, " Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının kurallaştırılmadığı toplumların anayasaları yoktur"<sup>165</sup>.

Anayasaların düzenlemesinde, insan hakları açısından söz konusu olabilecek tercihler ya da sorunlar arasında; insan haklarına ilişkin düzenlemelerin doğrudan anayasa metninde bir bölüm olarak mı yer alacağı, anayasada bu hakların nasıl tasnif edileceği, hak ve hürriyetlerin içeriğinde neler bulunacağı, sosyal hakların düzenlemesiyle ilgili seçenekler ve hakların nasıl korunacağı gibi hususlar bulunmaktadır<sup>166</sup>.

Modern anayasaların tamamında devlet, temel hak ve hürriyetleri korumak, kollamak ve imkanları ölçüsünde genişletip gerçekleştirmekle kendisini görevli saymaktadır. Günümüz demokrasilerinin hemen hemen hepsinde, başta Kıta Avrupası ülkeleri olmak üzere, anayasadan ayrı bir haklar bildirisi kabul etmek yerine, genellikle temel hak ve hürriyetleri kendi anayasalarında düzenleme yoluna gitmişlerdir. İnsan hakları-anayasa ilişkisi açısından günümüzde genel kabul gören tasnif, bir çok demokratik ülke anayasaları ve 1982 Anayasasında olduğu gibi, Jellinek tarafından yapılan; kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar ve siyasal haklar şeklinde yapılan sınıflandırmadır. İnsan kişiliğinin korunmasına ilişkin medeni ve siyasal haklara ilişkin olan birinci kuşak haklar ile insan onuruna yakışır biçimde yaşamasını temin eden ekonomik sosyal ve kültürel hakları içeren ikinci kuşak haklar dışında yer alan, üçüncü kuşak haklar olan "dayanışma haklarının"<sup>167</sup> varlığı yapılan bu tasnifin ihtiyaca tam olarak cevap verememesi sonucunu doğurmaktadır. Yeni anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde üçüncü kuşak haklardan olan "dayanışma haklarına" yer verildikçe klasik tasnifler yerini, kapsam ve muhteva bakımından yeni tasniflere bırakacaktır<sup>168</sup>.

<sup>165</sup> Sancar, a.g.m., s. 3-4.

<sup>166</sup> Atar, a.g.m., s. 617.

<sup>167</sup> Dayanışma Hakları, 1982 yılında hazırlanan "Dayanışma Haklarına İlişkin Uluslararası Pakt Ön Tasarısı"nda düzenlenen şekliyle, "barış hakkı, gelişme hakkı, çevre hakkı ve insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı"ndan oluşmaktadır ( Bkz. Atar,,g.m., s. 618 ). ; İbrahim Ö. Kaboğlu, "Dayanışma Hakları'nın Hukuksal Değeri: Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?", *İnsan Hakları Yılığ*, 13, 1991, s. 37-48.

<sup>168</sup> Atar. A.g.m., s. 618.

İnsan hakları bildirilerinde hangi hakların yer alması gerektiği yönündeki soruya Vedel, “Haklar ve hürriyetler anayasalarda yer almalıdır, ancak yasama organına düzenleme alanı bırakmayacak kadar da ayrıntı içermemelidir. Haklar ve hürriyetler vatandaşların siyasal eğitiminde kullanmaya uygun olacak biçimde ciddi ve kısa olmalıdır. Uluslararası sözleşmelerden özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden bu noktalarda yararlanılması gerektiğini” ifade ederek cevap vermiştir<sup>169</sup>.

Hak ve hürriyetlerin, yazılı anayasalarda yerini almış olması her zaman kişilere siyasal iktidar karşısında yeteri kadar güvence sağlayamamış, bunun yanı sıra anayasalarda anayasa yargısına da yer verilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Aksi takdirde insan hak ve özgürlüklerinin korunması, yasama organının kendisini anayasa ile ne kadar bağlı kabul edeceğine, bireysel işlemlerin yargısal denetimine, ayrıca kamu oyunun duyarlı olması gibi faktörlerle sınırlı olması inisiyatifliyle baş başa bırakılmış olacaktır. Muhakkak ki buda hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasa yargısının sağladığı teminatı gerçekleştiremeyecektir<sup>170</sup>.

### 2.3. 1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetlerin Kökeni

İnsan haklarının, yürürlükteki hukukta, gerçekleştirilme zeminlerinin en başında yer alan anayasalar, söz konusu hak ve hürriyetleri düzenlemelerinin yanı sıra, temel hak ve hürriyetlerin kökenini de anayasal hükümlere dayandırmaktadırlar. Bu bağlamda 1982 Anayasasında, hak ve özgürlüklerin kökeni olarak başvurulacak ilk hüküm “temel hak ve özgürlüklerin niteliği” başlığını taşıyan 12. madde hükmüdür. 1961 anayasasından aynen alınan madde hükmüne göre, “Herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”<sup>171</sup>.

1982 Anayasasının, gerek temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel gerekçesinde, gerekse anayasanın 12. maddesinin gerekçesinde, genel hatlarıyla, insanın insan olarak doğuştan bazı temel hak ve hürriyetlere sahip olduğuna, söz konusu haklara devletin

<sup>169</sup> Atar, a.g.m., s. 619.

<sup>170</sup> Atar, a.g.m., s. 622.

<sup>171</sup> Uygun, a.g.e., 1992, s. 21.

müdahale edemeyeceğine ve bu haklar karşısında devletin çekimser bir tavır sergilemesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. 12. maddenin yanı sıra, doğal hukuk anlayışından, anayasanın temel felsefesini ortaya koyan başlangıç kısmında da söz edilmiştir. Başlangıç kısmının 6. paragrafına göre; “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ...yararlanarak...onurlu bir hayat sürdürme ve maddi manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip”tir. Başlangıç kısmında ifade edilen söz konusu hüküm, temel hak ve hürriyetler alanındaki iki zıt anlayışı bir araya getirmektedir. Şöyle ki, “Bu anayasadaki temel hak ve özgürlükler” ifadesi ile pozitivist hak anlayışı, hakların “doğuştan” kazanıldığına ilişkin ifade ile de doğal hukuk anlayışı benimsenmiştir<sup>172</sup>.

#### 2.4. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlılığı ve Sınırlanması

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlılığı ile sınırlanması kavramları farklı şeyleri ifade etmektedir. Sınırlılık kavramıyla, temel hakların herhangi bir yasal sınırlama olmadan da belli sınırlara sahip olması anlatılmaktadır. Her temel hak güvence altına aldığı nesnel yaşam alanı ile sınırlıdır. Temel hak normunun yönelmiş olduğu nesnel yaşam alanı o temel hakkın norm alanıdır. Temel hakkın koruyucu normatif etkisi bu norm alanı üzerinde kendini göstermektedir. Buradaki sınırlılık anayasada belirtilen özel sınırlama sebeplerinin ötesinde bir sınırlılıktır, başka bir ifadeyle eşyanın tabiatından gelen bir sınırlılıktır<sup>173</sup>. Sınırlılık dışarıdan değil bizzat o temel hakkın kendisinden kaynaklanmaktadır. Buna bağlı olarak, yasa koyucunun, bir temel hakkın sınırlarını çizmesi sadece söz konusu hak açısından açıklayıcı bir nitelik taşımaktan öteye gidemeyecektir<sup>174</sup>.

Bir temel hakkın doğasından kaynaklanan sınırlılığının yanı sıra, o temel hak ve hürriyete dışarıdan müdahaleler yoluyla da bazı sınırlamalar getirilebilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması, norm alanı anayasa tarafından belirlenmiş bir temel hakka, yasaya dayanılarak, dışarıdan yapılan ve söz konusu hakkı kullanan kişinin

<sup>172</sup> Uygun, a.g.e., 1992, s. 22.

<sup>173</sup> Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF İnsan Hakları Yayınları: 4, Ankara, 1982, s. 128, 130.

<sup>174</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s.220,221.

kullandığı hakkın norm alanını daraltıcı sonuçlar doğuracak her türlü müdahaleyi ifade etmektedir<sup>175</sup>. 1982 Anayasasının benimsediği sisteme göre, sınırlama ancak kanunla ve 2001 Anayasa değişikliklerinin getirdiği yeni düzenlemeyle anayasada belirtilen özel sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılır.

1982 Anayasası, sınırlama kavramının kullanımını tercih etmekle beraber bazı maddelerinde (Örneğin 26., 27., 32., 42. maddelerde olduğu gibi) düzenleme kavramına da yer vermiştir. Bu durum her iki kavram arasındaki ilişkinin incelenmesini gerekli kılmaktadır. Kimi yazarlar, sınırlama ile düzenleme kavramlarının özdeşliğine dikkat çekerken, sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğini dolayısıyla her sınırlamanın bir düzenleme, her düzenlemenin de bir sınırlama içerdiği görüşünde birleşmişler. Kimi yazarlar da, her sınırlamanın bir düzenleme olduğunu ancak, her düzenlemenin bir sınırlama anlamına gelmeyeceğini, hakkı daha güçlü duruma getiren, ona daha zengin ve etkin içerik kazandıran ya da anayasal sınırlarını somutlaştıran işlemlerin sınırlama olmayacağını aksine düzenleme olacağını ifade etmişlerdir<sup>176</sup>.

#### 2.4.1. Anayasal Sınırlar

Anayasalar, tanıyıp güvence altına aldıkları temel hak ve hürriyetlerden bazıları için bizzat bir takım sınırlamalar öngörebilmektedir. Bu sınırlamalara anayasal sınırlamalar denilir. Bu tür sınırlamalar, temel hakkın tanımında yer alırlar ve söz konusu hakkın anayasal sınırlarını oluştururlar. Bir başka deyişle, Anayasa, hakkı ancak belirlediği sınırlar içerisinde tanımıştır. Hakkın bu sınırlar içerisinde kullanımına izin vermektedir. Örneğin, Anayasanın, 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının, “silahsız ve saldırısız” olması koşuluyla, 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle”, 32. maddesinde düzenlenen düzeltme ve cevap hakkının “kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde”, 27. maddesinde düzenlenen bilim ve sanatı yayma hakkının “Anayasanın 1

<sup>175</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 21-23.

<sup>176</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 23-24 ; Fuat Şenoğlu, “T.C. 1982 Anayasasında Temel Hakların Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırı” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 1995, s. 10.

inci, 2 inci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla” kullanılmayacağına ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi<sup>177</sup>.

#### 2.4.2. Nesnel (Objektif) Sınırlar

Temel haklar açısından her türlü genel sınırlama sebeplerini reddeden nesnel anlayış, sınırlama kavramı yerine temel hakların geçerlilik muhtevalarını hareket noktası olarak kabul etmiştir. Bu görüşü dile getiren Friedrich Müller’e göre, hiçbir temel hak uçsuz bucaksız bir kullanım alanına sahip değildir. Her hakkın bir norm alanı vardır. Hakların sınırsız olamayacağı “norm alanlarının” nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Her temel hak normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerlidir<sup>178</sup>.

Nesnel anlayışta göz önünde tutulması gereken nokta, temel hakkın eylem biçiminde dış dünyaya yansıyan kullanımının, o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda, bir temel hakkın norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek biçimde kullanımı, o hakkın geçerlilik alanı içerisinde. Yani, normun koruduğu temel hakkın kullanımı, yalnızca hakkın norm alanının kişiye sağladığı spesifik (özümlü) eylem olanaklarından ibarettir. Örneğin Anayasanın 74. maddesinde düzenlenmiş olan dilekçe hakkının nesnel sınırları, hakaret veya tehdit içerikli dilekçelerin, hakkın koruduğu norm alanı dışında bir kullanım olarak kabul etmektedir. Çünkü, dilekçenin nesnel içeriğinin hakaret ya da tehdit olmadan da formüle edilebilmesi mümkündür. Bir ressamın dörtyolağında cadde ortasında sehpasını kurup resim yapmaya kalkması veya heykeltıraşın yapacağı eser için tahta veya malzeme çalması, sanat özgürlüğünün norm alanı dışında kalan kullanım biçimleridir<sup>179</sup>.

#### 2.4.3. İçkin Sınırlar

İçkin sınırlar, temel hakların koruduğu alana dışarıdan müdahale olmaksızın sınırlanmasıdır. Burada ki sınırlama hakkın kendi varlığından kaynaklanmaktadır. Temel hakkın koruduğu alana dışarıdan getirilmiş yeni bir sınırlama söz konusu

<sup>177</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 22 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 221.

<sup>178</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 47 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 222.

<sup>179</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 49,51.

değildir, hak zaten hukuk alemine sınırlı bir şekilde doğmaktadır. İçkin sınırlar, anayasal sınırlara benzemektedir. Ancak anayasal sınırlar, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler için geçerlidir. Buna karşın içkin sınırlar, belli bir temel hak ve hürriyet için değil, hak ve hürriyetlerin tamamı için geçerlidir<sup>180</sup>.

Yasa koyucu temel hakkın kendisinden kaynaklanan sınırlamaları sadece belirlemekle yetinmektedir. Bu belirleme beyan edici bir nitelik taşımaktadır<sup>181</sup>. Gözler, 1982 Anayasasının 12. maddesinin ikinci fıkrasının içkin bir sınırlama olarak kabul etmektedir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasıyla, herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilirken, ikinci fıkrasında bu temel hak ve hürriyetler için genel bir sınırlandırma öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle, bütün temel hak ve hürriyetler, daha doğarken 12. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlamalarla birlikte, yani kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarıyla doğmaktadır<sup>182</sup>.

## **2.5. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınıflandırılması**

### **2.5.1. Jellinek'in Sınıflandırması**

Temel hak ve hürriyetler, Jellinek'e mal edilen klasikleşen ayrımına göre üç gruba ayrılmaktadır: Negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları<sup>183</sup>. Gözler, Jellinek'e mal edilen bu ayrımın, gerek Jellinek'in kendi açıklamalarında gerekse Jellinek'i referans göstererek sınıflandırma yapan diğer yazarların açıklamalarında net olarak ortaya koymadığını hatta diğer yazarların yapmış oldukları ayrımın Jellinek'in ayrımından daha ileri olduğunu ve Jellinek'in tam olarak söylemediği şeyleri Jellinek'e söylemiş olduklarını ifade etmektedir<sup>184</sup>.

#### **2.5.1.1. Negatif Statü Hakları**

Negatif statü hakları, kişinin devlet tarafından aşlamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını belirleyen hak ve hürriyetlerdir. Örneğin;

<sup>180</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 32, 33.

<sup>181</sup> Sağlam, a.g.e., 1982, s. 33.

<sup>182</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 222, 223.

<sup>183</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 6 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 210.

<sup>184</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 210.

düşünce hürriyeti, kişi güvenliği, vicdan hürriyeti, konut dokunulmazlığı bu nitelikte haklardandır. Söz konusu haklar devlete negatif bir tutum, sadece karışmama, “gölge etmeme” ödevi yüklemektedir<sup>185</sup>. Bu haklar kişiyi devlete ve topluma karşı koruduğu için aynı zamanda “koruyucu haklar “olarak da nitelendirilmektedir. Anayasada “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında yer aldığı için söz konusu haklara “kişisel haklar” da denmektedir<sup>186</sup>.

### 2.5.1.2. Pozitif Statü Hakları

Pozitif statü hakları, negatif statü haklarının aksine devlete olumlu bir davranışta bulunma hizmet etme, katkı sağlama ve yardımda bulunma yükümlülüğü getiren haklardır. Örneğin; çalışma hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı bu haklar arasındadır. Bu haklar aynı zamanda bireylere bunların gerçekleştirilmesini devletten talep etme yetkisi verirler. Bu yönüyle bu haklara “isteme hakları” da denmektedir<sup>187</sup>. Bu haklar, sosyal devlet anlayışının sonuçları olmalarından dolayı “sosyal haklar” olarak da nitelendirilir. Anayasamızda bu haklar “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlığı altında yer almaktadır<sup>188</sup>.

### 2.5.1.3. Aktif Statü Hakları

Aktif statü hakları, bireylerin siyasal görüş ve tutumlarını açıklamaları, örgütlenebilmeleri, oy kullanabilmeleri, seçme ve seçilebilmeleri yoluyla devlet yönetimine katılmalarını sağlayan haklardır. Bu özellikleriyle “katılım hakları” olarak da anılmaktadır. Bu haklar niteliğine ve özellikle anayasada düzenlendiği yere bakılarak “siyasal haklar” olarak adlandırılırlar<sup>189</sup>.

## 2.5.2. 1982 Anayasasının Sınıflandırması

1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetler Anayasanın ikinci kısmında düzenlenmiştir. Bu kısmın “genel hükümler” başlığını taşıyan ilk bölümünde (m.12-16)

<sup>185</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 6 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 210-211.

<sup>186</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 211.

<sup>187</sup> Atar, a.g.e., 2002 a, s. 120 ; Kapani, a.g.e., 1993, s. 6 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 211.

<sup>188</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 211.

<sup>189</sup> Atar, a.g.e., 2002 a, s. 120-121 ; Kapani, a.g.e., 1993, s. 6 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 211.

temel hak ve hürriyetlerin niteliği, sınırlanması, kötüye kullanılmaması, durdurulması ve yabancıların durumu konuları düzenlenmiştir<sup>190</sup>. Bu ilk bölümden sonra 1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetleri üçe ayırarak düzenlemiştir: Kişinin hak ve ödevleri, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler, siyasi haklar ve ödevler<sup>191</sup>.

### 2.5.2.1. Kişi Hak ve Ödevleri

“Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümde yer alan hak ve hürriyetler Anayasanın 17 ila 40. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu haklar şunlardır; kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, yerleşme ve seyahat hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, mülkiyet hakkı, hak arama hürriyeti, kanuni hakim güvencesi, suç ve cezalara ilişkin esaslar, ispat hakkı ve temel hak ve hürriyetlerin korunması. Bu hak ve hürriyetlerin hepsi, Jellinek’in haklar ayrımındaki “negatif statü hakları” niteliğindedir<sup>192</sup>.

### 2.5.2.2. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler

“Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenen haklar Anayasanın üçüncü bölümünde 41 ila 65. maddelerinde yer almaktadır. Bu bölümde; ailenin korunması, eğitim ve öğretim hak ve ödevi, çalışma ve sözleşme hürriyeti, sendika kurma hakkı, sendikal faaliyet, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt hakkı, dinlenme hakkı, ücrette adalet, sağlık, çevre ve konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi hak ve hürriyetler düzenlenmiştir<sup>193</sup>.

Yukarıda sıralanan hak ve hürriyetler Jellinek’in haklar ayrımında “pozitif statü hakları”na tekabül etmektedir. Bu haklar Sosyal devlet anlayışının sonucu olarak ortaya çıkmışlardır. Bunların gerçekleşmesi için, devletin olumlu bir edimde bulunması gerekir.

<sup>190</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 211 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 124.

<sup>191</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 212.

<sup>192</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 212.

<sup>193</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 212 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 125.



1982 Anayasası'nda yer alan "sosyal ve ekonomik haklar"ın tamamı "pozitif statü hakları" niteliğinde değildir, bazı haklar negatif veya aktif statü hakkı niteliğindedir. Örneğin, 48. maddede düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti, 50. maddedeki yaş, cinsiyet ve güce uygun olmayan işlerde çalıştırma yasağı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı ve 54. maddede yer alan grev ve lokavt hakkı pozitif hak niteliğinde değil, negatif veya aktif statü hakkı niteliğindedir. Başka bir ifade ile, bu bölümde yer alan haklar, nitelik olarak klasik ve siyasal haklara benzemektedir<sup>194</sup>.

### 2.5.2.3. Siyasi Haklar ve Ödevler

"Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı haklar, Anayasanın dördüncü bölümündeki 66 ila 74. maddelerinde yer almaktadır. Bu bölümde; vatandaşlık, seçme-seçilme ve siyasal faaliyette bulunma hakkı, parti kurma, partilere girme ve ayrılma hakkı, kamu hizmetlerine girme hakkı, vatan hizmeti hakkı ve ödevi, vergi ödevi, dilekçe hakkı gibi hak ve hürriyetler düzenlenmiştir<sup>195</sup>.

Yukarıda yer alan hak ve hürriyetler, Jellinek'in haklar ayrımında "aktif statü hakları"na tekabül etmektedir. Bu haklar, bireylerin devlet yönetimine aktif bir şekilde katılmalarına ve siyasal faaliyette bulunmalarına imkan veren haklardır<sup>196</sup>.

## 2.6. 1982 Anayasasının Değiştirilme zorunluluğunu Ortaya Çıkaran Dinamikler

### 2.6.1. Sosyal, Ekonomik ve Siyasal Faktörler

Anayasalar hayat buldukları dönemin izlerini taşıyan belgelerdir. Günün değişen ve gelişen sosyal, siyasal ve ekonomik belirleyicileri karşısında bir takım esaslı değişikliklere uğramak anayasaların kaçınılmaz kaderleri olmuştur. Zaman zaman

<sup>194</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 213.

<sup>195</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 213 ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 125.

<sup>196</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 214.

değişikliklerle yetinilmemiş, ihtiyaçlara cevap vermediği gerekçesiyle tamamen ortadan kaldırıldıkları da olmuştur.

Anayasal değişmeye yol açan faktörler, her ülkenin kendi siyasal yapısı içerisinde farklılık gösterecektir. Bu farklılığa rağmen, bütün ülkeler için geçerli olabilecek bir takım genel ve ortak belirleyiciler vardır. Bunlardan bazıları sosyal, siyasal ve ekonomik faktörlerdir. Anayasal değişmenin öncüsü olacak bu faktörlerin ortaya çıkması durumunda anayasanın bu yeni realitelere uydurulması gerekmektedir<sup>197</sup>.

Sosyal, siyasal ve ekonomik faktörler, dünya anayasal gelişimine ve değişimine yön veren evrensel nitelikli insan hakları bildirgelerinde bulunan ve gelişmiş bir çok ülkenin anayasasında yerini alan sosyal, siyasal ve ekonomik haklara ilişkin düzenlemelerin, küresel etkileşim ve iletişim vasıtalarıyla, gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülke vatandaşlarının da bu nitelikteki hak ve hürriyetlere sahip olabilme isteğinin neticesinde ortaya çıkarlar. Seçme seçilme hürriyeti, ifade hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, toplantı ve gösteri yapma hürriyeti; mülkiyet özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü; çalışma hakkı, toplu sözleşme hakkı, sendika hakkı, ailenin korunması, sosyal güvenlik hakkı v.b. gibi hak ve hürriyetler bunların belli başlılarındandır.

Sosyal hak ve özgürlükler, iktisadi yaşamda aktif bir şekilde yer alan kişilere tanınan bir takım hak ve hürriyetlerden oluşmaktadır. Sosyal haklar, en geniş biçimde 18 Ekim 1965’de, Avrupa Konseyi üyesi olan 13 üye ülke tarafından İtalya’nın Torino kentinde imzalanan Avrupa Sosyal Şartı ile gündeme gelmiştir. Türkiye bu belgeyi 16 Haziran 1989’da kısmen dahi olsa onaylayarak imzalamıştır. Avrupa Sosyal Şartında yer alan hak ve hürriyetlerin başlıcaları şunlardır: Çalışma hakkı, toplu sözleşme hakkı, sendika hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ailenin korunması, çalışan kadın ve çocukların korunması, mesleki eğitim görme ve göçmen işçilerin sosyal yardımlardan yararlanması gibi<sup>198</sup>.

<sup>197</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 6.

<sup>198</sup> Coşkun Can Aktan, “ Özgürlüklerin İki Boyutu: Siyasal Özgürlükler ve Ekonomik Özgürlükler”, Yeni Türkiye, S. 22, 1998, s. 1079.

Ekonomik hak ve özgürlükler, bireylerin serbestçe iktisadi faaliyetlerde bulunabilmesine imkan tanıyan ve gerçekleştirilen bu faaliyetler neticesinde elde edilen kazanımların herhangi bir müdahale olmaksızın özgürce kullanabilmelerini ifade etmektedir. Bu tanım kapsamında, teşebbüs hürriyeti, sözleşme hürriyeti, mülkiyet hürriyeti, serbest piyasa ekonomisi gibi belli başlı bazı hürriyetler sayılabilir<sup>199</sup>.

Çağdaş gelişmeleri vaktinde yakalamak, yalnızca ekonomik ve sosyal refahı değil, sağlıklı demokratik bir düzeni, evrensel hak ve özgürlükleri ve uygulamalarını da beraberinde getirecektir. Bunun formülü de ekonomik ve sosyal haklarla bütünleşmiş temel insan haklarının kesintisiz bir biçimde uygulanmasında saklıdır. Bunun içinde sosyal devletin temel nitelikleri göz ardı edilmemelidir. Ekonomik ve sosyal hayat günün çağdaş koşullarına göre yönlendirilmelidir. Ekonomik anlamda toplumsal denge sağlanmalıdır. Kişilerin siyasal iktidardan olan istekleri ve isteme hakkı unutulmamalıdır. Mülkiyet hakkı toplum zararına kullanılmamalıdır. Sosyal adalet gereği olarak çalışanların adil ücret alması sağlanmalıdır. Herkes kazancı nispetinde vergilendirilmelidir. Gelir bölüşümündeki adaletsizlikler ortadan kaldırılmalıdır. Herkes sosyal güvenlik kapsamına dahil edilmelidir. Bu hakları birey lehine temin eden anayasalar, kişinin kendisini ezen bütün koşullardan kurtulmasını ve gerçek özgürlük sahibi olmasını sağlamaktadır<sup>200</sup>.

Siyasal hak ve hürriyetler, bireylerin devlet yönetimine aktif şekilde katılımını öngören hak ve özgürlüklerdir. Bunun yanında siyasal özgürlüklerin bir kısmı, bireylerin duygu ve düşünceleri ile dini inançlarını serbestçe ifade etme ve gerçekleştirmeye olanak sağlayan özgürlüklerdir. Seçme ve seçilme özgürlüğü, siyasi parti kurma ve siyasi partilere katılma özgürlüğü, bireylerin düşüncelerini serbestçe ifade edebilme özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü v.s. siyasal özgürlüklerin belli başlıcalarıdır<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> Aktan, a.g.m., s. 1078-1079.

<sup>200</sup> A. Mehmet Kocaoğlu, "İnsan Hakları Çerçevesinde Ekonomik ve Sosyal Hakların Vazgeçilemez Önemi", *Yeni Türkiye*, S.22, Temmuz-Ağustos 1998, s. 1068.

<sup>201</sup> Aktan, a.g.m., s. 1078.

Uzun yıllar boyunca 1982 Anayasasının tepkisel bir anayasa olduğu, düzenlemelerinin ayrıntılı olduğu, kısıtlama ve sınırlamalar içerdiği, halkın özgür iradesi ile seçilen bir kurucu iktidar, bir parlamento tarafından değil de, kapatılan parlamentonun sıralarına oturtulan atanmış kişilerce yapılmış bir anayasa olduğu yaygın bir görüş olarak kabul edilegelmiştir. 1982 Anayasası hakkında söylenenleri doğrularcasına, 2001 değişikliklerine gelene kadar, beş kez değişikliğe uğramıştır<sup>202</sup>.

1982 Anayasası bu haliyle, yeni yüzyılın gereksinimlerine ve koşullarına cevap vermekten çok uzak bir anayasa olma hüviyetine bürünmüştür. Toplumun taleplerine cevap veremeyen, sorunlarına çözüm olmayan, üstelik, sorunları daha da ağırlaştıran bu anayasanın değiştirilmesinde büyük haklılık payı vardır. Gerek küreselleşmenin etkisi gerekse Avrupa ile bütünleşme isteği, Türkiye'nin sistemini gözden geçirmesini zorunlu kılmaktadır. Türkiye'nin, yalnızca sosyal, siyasal ve ekonomik alanlarda değil, her alanda ciddi bir yenilenmeye ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç, sadece dış koşulların ve uluslararası konjonktürün ortaya çıkardığı bir zorunluluk değildir. Daha insani, daha uygar, daha iyi bir ekonomik sistem içinde yaşama isteğinin gereğidir. Tüm bu gelişmelerin neticesinde, evrensel hukuk metinleriyle hukuki birlik sağlanamasa bile hukuk paralelliği sağlanmak zorunlu hal almıştır. 1982 Anayasasının da kamuoyunun beklentileri ve demokratik açılımlar doğrultusunda değiştirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir<sup>203</sup>.

### 2.6.2. Teknolojik Gelişmeler

Teknolojik alandaki gelişmeler, sosyal, siyasal ve ekonomik alandaki gelişmeler gibi, genelde hukuku, özelde anayasaları derinden etkileyebilecek gelişmelerdir. Bu etkileşim doğrudan olabileceği gibi, teknolojik gelişmelerin sosyal değişmeye yol açması suretiyle, dolaylı bir şekilde de gerçekleşebilmektedir. Bu etkiler, insan hak ve hürriyetlerinin gerçekleştirilmesi adına hizmet edebileceği gibi bazen de ciddi sorunlara sebebiyet verebilmektedir<sup>204</sup>. Teknolojik gelişmeler, çok yönlü olan insan hayatının

<sup>202</sup> Birsen Gökçe, "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 535-536.

<sup>203</sup> Gökçe, a.g.m., s. 536-537.

<sup>204</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 14.

tamamını etkilemektedir. Ancak, biz burada teknolojik gelişmelerin temel hak ve hürriyetler üzerindeki etkisi üzerinde durmakla yetineceğiz.

Miller, toplumdaki teknolojik gelişmeler arttıkça, kişilerin dokunulmazlığının ve hareket alanının daraldığını ifade etmektedir. Teknolojik gelişmeler, bir yandan emeğin yerine makineleri ikame etmesi ve teknik imkanlardan bireylerin daha fazla yararlanmasını sağlarken, öte yandan insan hak ve hürriyetleri bakımından ciddi problemleri de beraberinde getirmektedir. Her gün gelişen televizyon, bilgisayar, kamera, telefon, telsiz cihazı, faks, dinleme cihazları ve diğer elektronik cihazlar, insan hak ve hürriyetlerini zaman zaman tehdit eder bir hal alabilmektedir<sup>205</sup>. Özellikle bugün demokrasilerde belirleyici güç olan medya karşısında bireyin özel hayatına dahil maddi ve manevi haklarının<sup>206</sup> korunması gerekmektedir. Demokrasilerde var olan haber alma-verme hürriyetinin bu noktada bireyin giz alanına müdahale etmeksizin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Medyanın bilgi alma-verme fonksiyonunun yanında, siyasal iktidarın belirlenmesindeki rolü de inkar edilemez bir gerçektir. Medya kamuoyu oluşturabilme gücünü istediği gibi, çoğu kez siyasal iktidar lehine, kullanarak, toplumu rahatlıkla yönlendirebilmektedir. Anayasalar, bu modern tehlikeler karşısında bireyi koruma refleksi ile hareket edecek ve gerektiğinde bireye koruma sağlama da aciz kalan hükümleri kaldırarak, daha güvenceli hükümler ihdas edecektir.

1982 Anayasası, teknolojik dönüşümü ve gelişimi aynıyla yaşamış bir anayasadır. Yapıldığı dönemin teknolojik şartları ile günümüz teknolojik şartları arasında hissedilir derecede farklılıklar göze çarpmaktadır. Kitleli iletişim araçlarındaki teknolojik gelişmelerin etkisiyle insanlar, kendi sınırlı dünyalarının dışına çıkma imkanı bulabilmekte ve evrensel nitelikteki insan hak ve hürriyetlerindeki düzenlemeleri kendi ülke anayasalarında da görmek ve söz konusu haklara sahip olmak isteyeceklerdir. Özellikle, temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemeleri içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle bu istek daha da perçinleşmiştir. Tarafsız, doğru ve güvenilir bilgi edinme hakkının önünü açan ve bu alanda devlet tekeli kaldırılan, 1993 yılında Anayasanın 133. maddesinde yapılan değişiklikle, özel radyo ve televizyon

<sup>205</sup> Atar, a.g.e., 2000, s. 19-20.

<sup>206</sup> Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz., Gürsel Öngören, "Medya ve İnsan Hakları", *Yeni Türkiye*, S. 22, Temmuz-Ağustos, 1998, s. 885-896.

istasyonlarının kurulabilmesine izin veren anayasa değişikliği bu anlamda teknolojik değişimin eseridir. Ayrıca medyanın, siyasal iktidarca yapılan insan hakları ihlalleri noktasındaki ısrarcı takibi ve vaki ihlallerin kamuoyuna yansıtılması da yine üstün teknolojik cihazların sayesinde gerçekleşmektedir.

## 2.7. Temel Hak ve Hürriyetlerini Güvence Altına Alan Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukumuzdaki Yeri ve Etkileri

İkinci dünya savaşının ardından, yaşanan acı tecrübeler ışığında yeni bir anlayış benimseyen Dünya, insan hak ve hürriyetlerini esas alan Birleşmiş Milletler Örgütünü ve akabinde aynı amaca hizmet eden bölgesel kuruluşları hayata geçirmiştir<sup>207</sup>. Birleşmiş Milletler Örgütünün hazırladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve bizzat bu bildirgeyi önemli ölçüde esas alan<sup>208</sup> ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bölgesel nitelikli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanmıştır. İç hukuk düzenlemeleri karşısında korumasız olan birey, evrensel ve bölgesel düzenlemelerle hukuki güvenceye kavuşturulmak istenmiştir.

Bu düzenlemelerin yanına, İHEB'deki haklardan sadece kişisel ve siyasal haklara yer veren AİHS'nin,<sup>209</sup> ekonomik ve sosyal haklar bakımından boşluğunu dolduran bölgesel nitelikli Avrupa Sosyal Şartını da ekleyebiliriz<sup>210</sup>.

Uluslararası antlaşmaların, hukuk düzeni içerisindeki yeri ile ilgili iki görüş etrafında toplanılmaktadır. Birincisi, uluslararası hukuk ile iç hukukun birbirinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzeni olduğunu ifade eden ikici(düalist) görüştür. Her iki hukukun düzenleme alanı farklıdır. İç hukuk bireyler ya da kurumlar arasındaki ilişkileri düzenlerken, uluslararası hukuk da devletler arası ilişkileri düzenlemektedir. Düzenleme alanlarının farklı olması, birbirlerinin düzenleme alanlarına müdahale olasılığını da

<sup>207</sup> Metin Güneş, "İnsan Hakları Hukukunda Taraf Olduğumuz Uluslararası Belgeler ve T.C. Anayasası Yönünden Yaşama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2, 2000, s. 487. ; Mehmet Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı: 108, Kasım 2000. s. 19.

<sup>208</sup> Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 39.

<sup>209</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 82.

<sup>210</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 96.

ortadan kaldırmaktadır. İkincisi ise, tek bir hukuk düzeninin olduğunu savunan ve uluslararası hukuk ile iç hukuku bir bütünün iki parçası olarak tanımlayan tekçi(monist) görüştür<sup>211</sup>. Burada önemli olan, iki hukuksal düzenlemeden hangisinin diğerinden üstün olduğudur. Uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğu görüşü genel kabul gören görüştür. Ancak her hukuk sistemi, ulusal hukuk içinde, andlaşmaların yerini belirler. Kimi anayasalarda, andlaşmalar anayasa düzeyinde iken, kimilerinde yasa düzeyindedir. Kimilerinde ise, Türkiye’de olduğu gibi, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen yasa gücündedir<sup>212</sup>.

1982 Anayasasınının 90. maddesi, uluslararası andlaşmaların Türk Hukukundaki yerini düzenleyen tek maddedir. Bu maddenin son fıkrasında “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin yanında uluslararası andlaşmalara atıfta bulunan başka anayasal hükümler de mevcuttur. Bunlar; temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlığını taşıyan 15. madde, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin, milletler arası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hükmünü taşıyan 16. madde, eğitim ve öğretim kurumlarında Türkçe’den başka hiç bir dilin kullanılamayacağını ve öğretilmeyeceğini ancak uluslararası andlaşma hükümlerinin saklı bulunduğunu öngören 42. madde ve son olarak, savaş ilanı konusunda TBMM’nin yetkili olduğunu fakat Meclisin bu yetkiyi kullanırken “milletler arası hukukun meşru saydığı haller” ile sınırlı olacağını, yine aynı maddeye göre, “ Türk Silahlı Kuvvetleri yabancı ülkelere gönderilmesine ya da yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisinin Meclise ait olduğunu fakat bu yetkinin milletlerarası

<sup>211</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 106. ; Yaşar Gözel, “İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri”, **Polis Dergisi**, 6 (21), Mart 2000, s. 45-46. ; Enver Bozkurt, M. Akif Küçük, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 25-27. ; Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 17-18. ; Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İ.Ü. Yayınları No: 3761, İstanbul 1993, s. 29-30. ; Hasan Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara 2000, s. 174-175.

<sup>212</sup> Gözel, a.g.m., 2000, s. 46.

andlaşmaların veya nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında kullanılmasını öngören 92. maddelerdir<sup>213</sup>.

Söz konusu uluslararası düzenlemelerin iç hukukumuzdaki yerini ve iç hukukumuza etkilerini inceleyeceğiz. Ancak AIHS'nin insan hak ve hürriyetlerine kazandırmış olduğu yeni güvence sistemi ve koruma mekanizmasından ötürü üzerinde daha ayrıntılı durulacaktır.

### 2.7.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Andlaşmasını<sup>214</sup> imza eden devletler, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı konusunda mutabakat sağlamış olmalarına rağmen, insan hak ve özgürlüklerinin kapsamını belirlememişlerdi. İnsan hak ve özgürlükleri konusunda, tüm uluslar için geçerli olacak ortak ideal ölçü ve kavramları belirlemek için Birleşmiş Milletler Andlaşmasında yer alan temel hak ve hürriyetlerin açıklığa kavuşturulması lüzumu gerekiyordu. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi<sup>215</sup>, bu gereksinim neticesinde ortaya çıkmıştır<sup>216</sup>.

Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1946'da oluşturulan İnsan Hakları Komisyonu, hazırladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi taslağını Haziran 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun kabulüne sundu. Genel Kurul söz konusu taslağı 10 Aralık 1948'de, kırksekiz olumlu ve sekiz çekimser<sup>217</sup> oyla kabul etti<sup>218</sup>. Bildiri, uluslararası bir andlaşma olmamasına rağmen, TBMM'de okunmak suretiyle kabul

<sup>213</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 89-91. ; Gözel, a.g.m., s. 47.

<sup>214</sup> Andlaşmanın tam metni için bkz., Enver Bozkurt, *Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, Ankara 1999, s. 518-538.

<sup>215</sup> Andlaşmanın tam metni için bkz., Bozkurt, a.g.e., 1999, s. 309-312.

<sup>216</sup> Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2001, s. 8. ; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 3.

<sup>217</sup> Bildiriye farklı kaygılarla çekimser oy veren ülkeler şunlardır: Sovyetler Birliği, Beyaz Rusya, Ukrayna, Polonya, Yugoslavya, Çekoslovakya, Güney Afrika Birliği ve Suudi Arabistan. Çekimser oy veren ülkelerden Sovyetler Birliği ve diğer beş sosyalist beş ülke, soyut bir takım haklara yer verdiği ve kişinin devlet karşısındaki ödevlerini yeterince belirtmemiş olması, Güney Afrika Birliği sosyal ve ekonomik hakların burada yer almaması gerektiği, Suudi Arabistan ise Bildiride benimsenen bazı ilkelerin İslam ve Şeriat kurallarıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle bu yönde oy kullanmışlardır ( Bkz. Kapani, a.g.e., 1993, s. 62., Dpn. 79). ; Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 9. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 37.

<sup>218</sup> Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 8. ; Kapani, a.g.e., 1993, s. 62. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 37.



edilmiş ve 6.4.1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Resmi Gazetede yayımlanmıştır<sup>219</sup>.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, başlangıç bölümünü takip eden otuz maddeden oluşmaktadır. Genel olarak batılı insan hakları düşüncesini yansıtan bildiri metni incelendiğinde, iki grup hakkın düzenlemiş olduğu görülecektir. Bunlardan birincisi, kişisel ve siyasal haklardır ki bunlar, Bildirinin üçüncü ve yirmiikinci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır: Yaşama hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğü (m.3), kölelik yasağı (m.4), işkence yasağı (m.5), hukuki kişiliğin tanınması (m.6), kanun önünde eşitlik (m.7), mahkemeye müracat hakkı (m.8), keyfi tutuklama yasağı (m.9), özel hayatın korunması ve konut dokunulmazlığı (m.12), seyahat özgürlüğü (m.13), mülkiyet hakkı (m.17), din, vicdan, düşünce ve kanaat hürriyeti (m.18), ifade hürriyeti (m.19), toplantı ve dernek kurma ve derneğe katılma hürriyeti (m.20), ülke yönetimine katılma hakkı (m.21).

İkincisi ise, yirmi ikinci madde ile yirmi sekizinci maddeler arasında düzenlenen ekonomik, sosyal ve kültürel haklardır<sup>220</sup>. Bu haklar şunlardır: sosyal güvenlik hakkı (m.22), eşit işe eşit ücret hakkı, insanın haysiyetine yakışır adil ve elverişli ücret hakkı, sendika kurma ve sendikaya katılma hakkı (m.23), dinlenme, eğlenme ve ücretli tatil hakkı (m.24), sağlık hakkı (m.25), öğrenim ve eğitim görme hakkı (m.26), kültür, sanat ve bilim faaliyetlerine katılma ve yararlanma hakkı (m.27), sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerin tatbikini sağlayabilecek sosyal ve milletlerarası nizam hakkı (m.28).

Bildirinin son iki maddesinde, Bildiride yer alan hak ve özgürlüklere iki önemli sınırlama getirilmiştir<sup>221</sup>. Birincisi, herkesin, bildirideki hak ve hürriyetleri kullanırken başkalarının hak ve hürriyetlerini tanıması ve bunlara saygı göstermesi, ikincisi ise, Bildiride yer alan hak ve hürriyetlerin hiç birinin özgürlükleri yok etme şeklinde yorumlanamayacağı şeklindeki sınırlamadır<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 37.

<sup>220</sup> Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 9. ; Kapani, a.g.e., 1993, s. 63. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 37.

<sup>221</sup> Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 11.

<sup>222</sup> Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 11-12. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 38.

Bildiri, Genel Kurul kararı olması dolayısıyla, onu tanıyan devletler açısından hukuken zorlayıcı herhangi bir güce ve mekanizmaya sahip değildir<sup>223</sup>. Sadece tavsiye niteliği taşımaktadır<sup>224</sup>. Bu özellik, Bildirinin, bir yandan farklı siyasal sistemlere sahip ülkeler tarafından kolaylıkla kabul edilmesini sağlarken<sup>225</sup> bir yandan da insan hakları ihlallerinde bulunan devletlerin arkasına saklandıkları bir bahane olmuştur<sup>226</sup>.

İnsanlık tarihinin sayılı belgelerinden olan Bildiri, insan hakları fikrinin gelişimi bakımından dönüm noktası niteliğindedir<sup>227</sup>. Kendinden sonraki bir çok insan hakları belgesine, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, kaynaklık etmiştir<sup>228</sup>. Daha demokratik ve insan haklarına saygılı bir anayasaya sahip olma çabası ve Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum gayreti, Bildirinin, Türk Hukuk sistemini de etkilediği gerçeğini ortaya koymaktadır.

### 2.7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, insan haklarının uluslararası alanda teminat altına alma çabaları Birleşmiş Milletler nezdinde devam etmekte iken, diğer taraftan dünyanın belirli bir bölgesinde harekete geçen bazı devletler<sup>229</sup>, insan haklarının gelişimine başlangıçta esasen bölgesel nitelikte katkı sağlamalarına karşın, daha sonra etkilerini uluslararası alanda hissettirecek bir çalışma içerisine girmişlerdi<sup>230</sup>. Nihayet, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu on beş Avrupa Konseyi üyesi devletin Dış İşleri Bakanlarının katılımıyla 4 Kasım 1950 tarihinde yapılan bir toplantı neticesinde çalışmalar sonuç vermiş ve kısa adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tam adıyla "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa

<sup>223</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 62. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 38.

<sup>224</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 38. ; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 4.

<sup>225</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 62.

<sup>226</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 38.

<sup>227</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 62. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 39.

<sup>228</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 39.

<sup>229</sup> Söz konusu devletler, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İsveç, İrlanda, İtalya, Lüksemburg ve Norveç'tir. (Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No-1, Ankara 1994, s.4, Dpn. 1. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 79, Dpn.1.)

<sup>230</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 69.

Sözleşmesi”<sup>231</sup> olarak kabul edilmiştir<sup>232</sup>. Ancak sözleşmenin yürürlük kazanabilmesi, on üye devletin onaylamasıyla mümkün olacaktı. Bu koşul 3 Eylül 1953’de gerçekleşti ve sözleşme yürürlüğe girmiş oldu<sup>233</sup>.

Türkiye söz konusu sözleşmeyi, 10 Mart 1954 tarihli 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun” ile onaylamış ve onayladığına dair belgeyi Konsey Genel Sekreterliğine 18 Mayıs 1954 tarihinde depo ederek sözleşmenin tarafı sıfatını kazanmıştır<sup>234</sup>.

AİHS ve Sözleşmeye daha sonra yapılan ek protokoller, İHEB’de yer alan haklardan sadece klasik haklar olarak adlandırılan kişisel ve siyasal hakların bir bölümüne yer verirken, bu haklar 1982 Anayasasında kişi hakları ve siyasal haklar adı altında düzenlenmiştir, ekonomik ve sosyal haklara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir<sup>235</sup>. Sözleşmede yer almayan sosyal içerikli haklar, daha sonra Avrupa Sosyal Şartı adı altındaki belgede yerini alacaktır.

AİHS, güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin niteliğinden ziyade bu hak ve hürriyetlere getirdiği yargısal denetim mekanizmasıyla önem kazanan bir belgedir<sup>236</sup>. Bu mekanizma içinde üç organ yer almaktadır. Bunlar; Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği yolundaki şikayetlerin ilk etapta incelendiği yer olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, önüne getirilen uyuşmazlıkları kesin suretle karara bağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve son olarak Konsey üyesi devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşan ve siyasal karar organı olan Bakanlar Komitesidir<sup>237</sup>. Sözleşme, insan hak ve hürriyetleri konusunda çoğu zaman yetersiz kalan ulusal korunmaya ek olarak,

<sup>231</sup> Andlaşmanın Tam Metni İçin Bkz., Bozkurt, a.g.e., 1999, s. 324-338.

<sup>232</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye -1- : Kabul Edilebilirlik Kararları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997, s. XIII. ; Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı 1-3, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1988, s. 47. ; İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, Beta Basım Yayım, 6. Bası, İstanbul 1993, s. 378. ; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 6-7. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 81. ; Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 33.

<sup>233</sup> Edip Çelik, a.g.m., s. 48. ; Reisoğlu, a.g.e., 2001, s. 33.

<sup>234</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 81. ; Gemalmaz, a.g.e., 1997, s. XIII.

<sup>235</sup> Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 49. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 82.

<sup>236</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 7. ; Akın, a.g.e., 1993, s. 379.

<sup>237</sup> Kapani, a.g.e., 1993, s. 71.

uluslararası alanda daha etkin bir korunma sağlayarak, bireyi uluslararası hukukun bir sujesi haline getirmiştir<sup>238</sup>. Taraf ülke vatandaşlarına tanınan kişisel başvuru yolu sistemin etkinliğini artırmıştır<sup>239</sup>.

Aliefendioğlu, Sözleşmenin temel hak ve hürriyetlere kazandırdığı yeni boyut ve güvence sistemini göz önünde tutarak Sözleşmeyle ilgili olarak;

“Bu Sözleşmenin, Ek protokoller ve tamamlayıcı sözleşmelerle temel hak ve özgürlükleri koruma amacı güden bir AVRUPA İNSAN HAKLARI ANAYASASI'na dönüşmekte olduğunu gözlemekteyiz. Bu topluluğun içinde kalabilmek ve saygı gören bir ülke olabilmek için bu Anayasa'nın kurallarına uyulması ve Avrupa İnsan Hakları Standardına ulaşılması gerekmektedir.”

şeklinde pek isabetli bir ifade kullanmıştır<sup>240</sup>.

AİHS'de insan hak ve hürriyetlerine ilişkin düzenlemeler, genel ilkelerin tespitinden ziyade, mümkün olduğunca somut ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanarak sınırları çizilmiştir. Bunun nedeni Sözleşmenin hukuki bağlayıcılığı olan bir denetim mekanizması öngörüyor olmasıdır<sup>241</sup>.

Güvence altına alınan hakların büyük bir bölümü Sözleşmede yer alırken, bir kısmı da sonradan çıkartılan protokollerde yerini almış ve böylelikle Sözleşmenin kapsamı zaman içerisinde genişlemiştir<sup>242</sup>.

Kimi devletler, Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlere iki yönden çekince koymuştur. Birincisi sözleşmeye taraf olan devletin, sözleşmeyi onaylarken bir çok maddesine çekince koyması biçiminde gelişirken, ikincisi ise protokollerin

<sup>238</sup> Emin Memiş, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara 2000. s. 131-132. ; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 7. ; Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 53.

<sup>239</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Haziran 1991, s. 19.

<sup>240</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 1991, s. 19.

<sup>241</sup> Yavuz Atar, “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, *Yeni Türkiye*, S. 22, 1998, s. 1296. ; Döner, a.g.e., 2003, s. 82.

<sup>242</sup> Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 49.

onaylanmaması şeklinde gelişmiştir. Türkiye, sözleşmeyi çekince koymadan onaylamış ancak aynı tavrı protokollerin onayı<sup>243</sup> açısından sergileyememiştir<sup>244</sup>.

Gölcüklü ve Gözübüyük, Sözleşmenin özelliklerini ana hatlarıyla şu şekilde belirlemişlerdir;<sup>245</sup>

- Sözleşme bireyi uluslararası hukukta da hak sahibi yapmıştır.
- Kişilere, bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.
- Üye Devletlere, ortak güvence olarak devlet başvurusu hakkı tanınmıştır.
- Sözleşmenin sağladığı güvence ikincildir.
- Sözleşme karşılıklılık ilkesine dayanmaz.
- Sözleşme ile sağlanan haklardan yabancılar da yararlanır.
- Sözleşme, yargısal organlara koruyuculuk görevi vermiştir.
- Sözleşme ulusal hukuku etkilemektedir.
- Sözleşme temel hakları belirtmekle kalmamış, bazı kısıtlılar da getirmiştir.
- Sözleşme, devletlerin çekince koyma hakkını sınırlandırmıştır.

Uluslararası sözleşmelerin Türk Hukuku'nda nerede yer alacağı veya alması gerektiği yönündeki yaklaşımları yukarıda genel hatları ile dile getirmiştik. Bu sebeple bu görüşleri tekrar etmekten kaçınacağız. Genel olarak uluslararası antlaşmalar için geçerli olan esaslar özelde AİHS içinde geçerli olacaktır. Burada AİHS'nin Türk Hukukundaki yerini doktrindeki görüşler çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

Anayasanın 90. maddesi uluslararası andlaşmalara ilişkin tavrını; “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” şeklinde son

<sup>243</sup> Türkiye, 1 no'lu protokole Tevhidi Tedrisat Kanunu açısından çekince koymuş, bunun yanında 4, 5, ve 7 no'lu protokolleri henüz imzalamamıştır (Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 49-50, 69,71).

<sup>244</sup> Çavuşoğlu, a.g.e., 1994, s. 96-102. ; Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 49-50.

<sup>245</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s.11-16.

fıkradaki düzenlemesiyle ortaya koymuştur. Doktrinde tartışma konusu son fıkranın ikinci cümlesinden kaynaklanmaktadır<sup>246</sup>.

Uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu görüşü taraftarlarından Gözler'e göre;

"...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk normlar hiyerarşisinde Anayasanın altında ve kanunlar ile aynı düzeyde yer alır. Açıkcası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anayasaüstü değerde olmadığı gibi, anayasal değerde de değildir. Yani anayasallık bloğuna dahil değildir. Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların anayasa uygunluğu denetlenirken ölçü norm olarak kullanılmaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir kanun değerinde olduğuna göre, iç hukuk tekniği açısından kanun gibi işlem görür. Örneğin idari yargı organları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu gerekçesiyle, bir tüzüğü, bir yönetmeliği veya herhangi bir idari işlemi iptal edebilirler.

Ancak, anayasa ile Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi arasında çatışma varsa her halükârda *lex superior derogat legi priori* esasına göre Türk Anayasası galip gelir.

... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir kanun değerinde olduğuna göre, bu sözleşmenin hükümlerine aykırı kanun hükümleri olursa, bu kanun hükümleri de geçerli kalır. Bunların arasında çatışma olursa, Türk mahkemeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihmal edip *lex posterior* olan kanunu uygulamak durumundadırlar.

...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı anayasal ve yasal düzenlemeler yapmanın müeyyidesi bu düzenlemelerin iç hukuk bakımından geçersizliği değil, uluslararası hukuk bakımından geçersizliğidir"<sup>247</sup>.

Andlaşmaların kanunlara eşit olduğunu ilke olarak kabul eden Toluner'e göre ise, andlaşma ile kanun arasındaki öncelik sorunu Anayasada netliğe kavuşturulmamıştır. Şayet ikisi arasında bir çatışma söz konusu olursa, kanun ile andlaşma bağdaştırılarak her ikisinin de uygulanmasını sağlayacak bir yoruma

<sup>246</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 91.

<sup>247</sup> Gözler, a.g.e., 1999, s. 213-214.

gidilmelidir. Eğer bu mümkün değilse ve kanun koyucunun andlaşmayı ihmal niyeti de açık ise kanun koyucunun sonraki iradesi uygulanmalıdır<sup>248</sup>.

AİHS'nin Türk Hukukundaki yerini tespit ederken, Anayasanın 15, 16, 42, 92. maddeleri ile 90. maddesinin bir arada göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri süren yazarlara göre, kural olarak uluslararası andlaşmalar Anayasanın 90. maddesinin açık hükmü gereği iç hukukta kanunlarla eş değerdedir. Ancak uluslararası andlaşmalar aynı Anayasanın 15, 16, 42, 92. maddelerinde düzenlen konulara ilişkin ise, bu andlaşmalar anayasal değerdedir<sup>249</sup>. Anayasa bu konulara ilişkin uluslararası andlaşmaları güvence altına alarak bunlara Anayasal bir değer kazandırmıştır. Ancak söz konusu bu hükümlere dayanarak Anayasanın uluslararası andlaşmaları kanunlardan üstün tutmuş olduğu sonucuna varmak mümkün değildir<sup>250</sup>. Bu yazarlardan Gündüz'e göre;

“Anayasa’yı yapanlar isteseydi, andlaşmaların kanunlara üstün olduğunu açıkça belirtirlerdi...Şayet 90. madde hükmü milletlerarası hukuk hükümlerine üstünlük tanıyan bir niteliği haiz olsaydı 15, 16, 42, ve 92. maddelerde milletlerarası hukukun (tabiatıyla andlaşmaların) üstünlüğünü belirtmeye gerek olmazdı”<sup>251</sup>.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmünden hareketle, AİHS normlarının kanunlardan daha üstün tutulması gerektiğini ifade eden Soysal'a göre;

“bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder konuma getirirken koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de

<sup>248</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 92.

<sup>249</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 95. ; Tunç, a.g.m., s. 179-180.

<sup>250</sup> Tunç, a.g.m., s. 180.

<sup>251</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 95.

Anayasayla birlikte düşünmek ve Anayasayı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir”<sup>252</sup>.

Genelde uluslararası andlaşmaların, özelde ise AİHS'nin kanun değerinde olduğu tezini kabul edilemeyeceğini düşünen Çelik'e göre;

“Andlaşma ile kanunun eşdeğerde olduğu benimsenirse, bunlar arasında çatışma olabileceğini de kabul etmek zorunludur...Bu durumda ise anlaşma ile kanun arasındaki çatışmada, bunlardan hangisine öncelik ve üstünlük verileceği –tıpkı iki kanun arasındaki çatışmada olduğu gibi- *lex posterior* (sonraki kanun öncekini değiştirir) kuralı uyarınca saptanmak gerekecektir...*Lex posterior* andlaşma ise, -andlaşma ile kanunu eşdeğer sayan görüş doğrultusunda- öncelik ve üstünlük andlaşmaya tanınacaktır...*Lex posterior* kanun ise, sonraki kanunun andlaşmayı (bu andlaşma ister iç hukuka bir kanunla sokulmuş olsun, ister “kanun hükmünde” sayılsın) kendisiyle çatıştığı oranda değiştirdiği aynı kesinlikle öne sürülemeyecektir...bazı andlaşmalar vardır ki nitelikleri ve düzenledikleri konular nedeniyle bunların bir kanunla değiştirilebilmesine olanak yoktur. Ülke sınırlarına ve ülke statüsüne ilişkin olanlar bunların başında gelir. Örneğin Lozan Barış Andlaşması 1921 Anayasasının yürürlükte olduğu bir dönemde Büyük Millet Meclisi tarafından bir kanunla onaylayarak Türk hukukuna girmiştir ama bu anlaşmanın ülke sınırlarına ilişkin hükümlerinin sonraki bir kanunla değiştirilebileceği kesinlikle düşünülemez”<sup>253</sup>.

Yazar, AİHS'nin sonradan çıkartılacak bir kanunla değiştirilebilir mi sorusuna yanıtı, Sözleşme ve ek protokollerle güvence altına alınan özgürlüklerin tümü, Avrupa Konseyi üyelerinin “ortak malvarlığı” ve “gerçekten demokratik bir rejimin temeli” sayıldığı için taraf devletlerin Sözleşmedeki hak ve hürriyetleri kendi vatandaşlarının tamamına tanımasını ve iç hukuk düzenlemelerini de Sözleşmeyle uyumlu hale getirmeleri gerektiğini kısacası, iç hukukta Sözleşme ile bağdaşmayan hiçbir hüküm kalmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>254</sup>.

Türk hukukunda andlaşmaların yeri konusunu, insan hakları açısından ele alan bazı yazarlara göre ise, AİHS anayasal değerinde ve hatta anayasanın da üzerinde yer

<sup>252</sup> Gözler, a.g.e., 1999, s. 200.

<sup>253</sup> Edip Çelik, a.g.m., s. 50.

<sup>254</sup> Edip Çelik, a.g.m., s. 51.



almaktadır<sup>255</sup>. Bu görüş yanlısı olan Gölcüklü ve Gözübüyük'e göre, Sözleşme, iç hukukun ayrıcalıklı bir parçasıdır. Özel bir düzenleme yapılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Sözleşmenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez hatta Anayasaya aykırı olsa dahi sözleşme hükümleri uygulanabilme kabiliyetine sahiptir<sup>256</sup>. Yazarlara göre;

“Andlaşmaların yasa değerinde olduğunu söylemek, andlaşmanın yasa olduğu anlamına gelmez. Andlaşma, yasaya göre olan özelliklerini korur. Uluslararası hukuk bakımından da Sözleşme Türkiye’yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden de bir yasa ile değiştirilemez. Andlaşmalar kendi koydukları kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa, ya da yasa ile ne açıkça, ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşmede değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu gibi durumlarda sözleşme yürürlüktedir; hukuksal sonuçlarını hem ulusal hukukta, hem uluslararası hukukta doğurmaya devam eder”<sup>257</sup>.

Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, Liberal Avrupa demokrasilerinin, “ortak kültürel ve tarihsel mirasını” koruma amacıyla insan haklarına dayalı kamu düzeni anlayışı oluşturmaya hizmet eden zorlayıcı hükümler içeren bir belge olduğunu ifade ederek <sup>258</sup> şunları ilave etmiştir;

“Devletin, bu denli ayrıntılı, belirgin hükümlerle bağlandığı bir sözleşmeden (AİHS), daha sonra, Sözleşme Uluslararası Hukuk’un bir parçası olarak devam ederken, bir İç Hukuk işlemi olan yasa ile ayrılabilceğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, Sözleşmenin, hukuken yasa değerinde sayılmasına karşın, yasanın üstünde yer alması zorunludur...bu zorunluluk daha çok mahkemelere, özellikle, Parlamento tarafından yapılan yasaların Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekle (yükümlü ve) yetkili olan Anayasa Mahkemesine düşer. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, bir çok kararında görüldüğü üzere,90. maddenin (1961 Ay. Mad 65) hükmünü, bu çerçevede değerlendirmekte ve Sözleşme hükümlerine, yasalar önünde üstünlük tanımaktadır”<sup>259</sup>.

<sup>255</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 95.

<sup>256</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 20.

<sup>257</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 20-21.

<sup>258</sup> Batum, a.g.e., 1993, s. 34.

<sup>259</sup> Batum, a.g.e., 1993, s. 56.

Görüldüğü üzere, genelde uluslararası sözleşmelerin, özelde AİHS'nin Türk Hukuku'ndaki hiyerarşik yeri hakkında doktrinde görüş birliği sağlanmamıştır<sup>260</sup>.

### 2.7.3. Avrupa Sosyal Şartı

AİHS'nin ekonomik ve sosyal haklar bakımından çok sınırlı içeriğini tamamlamayı, daha doğrusu boşluğunu doldurmayı amaçlayan Avrupa Sosyal Şartı, on yıla yakın bir hazırlık döneminden sonra, Avrupa Konseyi üyesi onaltı devlet tarafından 18 Ekim 1961'de Torino'da imzalanarak kabul edilmiştir. Yürürlüğe girebilmesi için, 35. maddesindeki hüküm gereğince beşinci onayın<sup>261</sup> gerçekleşmesi gerekiyordu. Bu onayın gerçekleşmesi ile 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>262</sup>.

Avrupa Sosyal Şart'ı, Avrupa Konseyi bünyesinde tanzim edilmiş olan sözleşme ve protokoller içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden sonra bu sözleşmeyi sosyal nitelikli haklar bakımından tamamlayan en önemli niteliğe sahip ikinci belgedir<sup>263</sup>.

Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı kabul edilişinden yirmisekiz, yürürlüğe girmesinden yirmiüç yıl sonra 3581 sayılı kanun ile 16 Haziran 1989 tarihinde onaylanmasını uygun bulmuş, bu tarihten yaklaşık iki ay sonra 7 Ağustos 1989 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanmış ve 24 Kasım 1989 tarihinde ise Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo etmiş, böylece ,Türkiye, sözleşmeyi onaylayan onaltıncı ülke olmuştur<sup>264</sup>.

Sosyal Sart, biri giriş, beş bölüm ve bir ekten olmak üzere toplam 38 maddeden oluşmaktadır. Giriş bölümünde, üye devletlere Avrupa Konseyi'nin amacı, Konsey

<sup>260</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 95.

<sup>261</sup> Şartı onaylayan ilk beş ülke Birleşik Krallık, Norveç, İsveç, İrlanda ve Almanya'dır.

<sup>262</sup> Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartına Genel Bir Bakış ve Türkiye", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 12, 1990, s. 91.

<sup>263</sup> Fazilet Nurel Argun, "Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Milletlerarası Sosyal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2, 1999, s. 397.

<sup>264</sup> Gülmez, a.g.m, s. 91 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 96.

üyelerinin ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek amacıyla üye devletler arasında daha güçlü bir birlikteliği gerçekleştirmek ve özellikle insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi sağlanarak ekonomik ve sosyal gelişmenin gerçekleşmesini kolaylaştırma, şeklinde hatırlanmıştır<sup>265</sup>.

Şart'ın birinci bölümünde, giriş bölümünde vurgulanan amaçlar üzerinde birleşen Sözleşmeye taraf devletler, ikinci bölümde yer alan 19 hak ve ilke üzerinde anlaşmışlar ve bu hak ve ilkeleri gerçekleştirmek için gerek ulusal gerekse uluslararası araçları kullanarak gerekli şartları oluşturma istek ve iradesini ortaya koymuşlardır<sup>266</sup>. Söz konusu hak ve ilkeler şunlardır. Çalışma hakkı ( m.1), adil çalışma koşulları hakkı (m.2), güvenli ve sağlıklı çalışma hakkı ( m.3), adil ücret hakkı (m. 4), örgütlenme hakkı (m.5), toplu pazarlık hakkı ( m.6), çocukların ve yetişkinlerin korunma hakkı ( m.7), çalışan kadınların korunma hakkı (m.8), mesleğe yönelme hakkı (m.9), mesleki eğitim hakkı ( m.10), sağlığın korunması hakkı (m.11), sosyal güvenlik hakkı (m.12), sağlık ve sosyal yardım hakkı (m. 13), sosyal yardım hizmetlerinden yararlanma hakkı (m. 14), bedensel ve zihinsel özürliülerin mesleki eğitimi, mesleki ve sosyal uyum hakkı (m.15), ailenin sosyal,hukuki ve ekonomik korunma hakkı (m.16), ana ve çocukların sosyal ve ekonomik korunma hakkı (m.17), diğer sözleşmeciler tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkı (m.18), çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunması ve yardım hakkı (m. 19).<sup>267</sup>

Şart'ın ikinci bölümü, yukarıda ifade edilen 19 maddeden ve toplam 72 fıkradan oluşmaktadır. İkinci bölüm, sözleşmeciler devletler açısından hukuksal yükümlülükler doğuran bölümdür. Yani, taraf devletler, Şart'ın onaylanması hususunu düzenleyen üçüncü bölümde öngörülen koşullar çerçevesinde kabul ettikleri Sözleşme hükümleri ile kendilerini bağlı sayacakları hak ve yükümlülüklerin düzenlendiği bölümdür. Birinci bölümde tespit edilen 19 ilke, ikinci bölümde daha ayrıntılı ve her biri sözleşmeye taraf devletler açısından ayrı yükümlülük getiren 19 hak olarak düzenlenmiştir<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> Gülmez, a.g.m, s. 100.

<sup>266</sup> Gülmez, a.g.m, s. 101 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 97.

<sup>267</sup> Gülmez, a.g.m, s. 101-102 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 97.

<sup>268</sup> Gülmez, a.g.m, s. 103.

Üçüncü bölüm, kabul ve onay esaslarının düzenlendiği bölümdür. Sadece 20. maddeden oluşmaktadır. Buna göre, Şart'a taraf olacak devlet veya devletler, Şart'ta 19 madde ve 72 paragraf halinde düzenlenen hak ve ilkelerin tamamını kabul etme mecburiyetinde değildirler<sup>269</sup>. Üye devletlerin farklılık gösteren ekonomik ve toplumsal gelişmişlik seviyeleri, Şart'ın içerdiği hakların tümünü kapsayan bir onay sistemine olanak vermemiştir. Uluslararası sözleşmelerin onaylanmasında pek sık rastlanmayan bir düzenleme ile, Şart'ın bir bölümünün onaylanmasını yeterli bulan, esnek bir onay sistemi öngörmüştür<sup>270</sup>. Şöyle ki, 20. maddenin birinci bendinde yer alan b ve c fıkralarına göre, bir devletin taraf sıfatını kazanabilmesi için, Şart'ın 1, 5, 6, 12, 13, 16 ve 19.<sup>271</sup> maddelerinden en az beşini kabul etmesinin yanı sıra, kabul edilen madde sayısının on veya paragraf sayısının kırk beşten az olmaması gerekmektedir<sup>272</sup>. Dolayısıyla Şart'a taraf bir devlet, 19 maddenin en az %52,6'sını, 72 paragrafın ise en az %62,5'ini onaylamak zorundadır<sup>273</sup>.

Avrupa Sosyal Şart'ını hiçbir çekince koymaksızın kabul eden Fransa, Hollanda, İspanya ve İtalya gibi bazı Avrupa ülkelerinin aksine Türkiye, onay için zorunlu olan alt sınırı yalnızca bir maddeyle geçerek, yani 11 madde (46 paragraf) ile bağlı olacağını bildirmiş ve Şart'a asgari düzeyde taraf olmuştur. Türkiye Şart'a taraf olurken, sendika ve toplu pazarlık haklarını düzenleyen 5 ve 6. maddeleri ile 2, 3, 8 ve 15. maddelerinde düzenlenen adil çalışma koşulları, iş güvenliği ve işçi sağlığı, çalışan kadınların korunması, bedensel ya da zihinsel özürlülerin mesleksi eğitim ile mesleksi ve sosyal yeniden uyum haklarına ilişkin maddeleri tamamen<sup>274</sup>, bununla beraber, adil ücret hakkını düzenleyen 4. madde ve çocukların ve gençlerin korunma hakkını düzenleyen 7. maddeleri kısmen bağlı olmadığını bildirmiştir<sup>275</sup>.

Sosyal Şart, taraf devletlerin ekonomik ve sosyal gelişmelerindeki olumlu seyre göre, daha önce kabul ettikleri madde ve paragrafların dışında kalan maddeleri kabul

<sup>269</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 97.

<sup>270</sup> Gülmez, a.g.m, s. 111 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 98.

<sup>271</sup> Bu haklar; çalışma, sendika, toplu pazarlık, sosyal güvenlik, sosyal ve tıbbi yardım, ailenin sosyal hukuksal ve ekonomik korunması ve çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım haklarıdır.

<sup>272</sup> Gülmez, a.g.m, s. 112 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 97 ; Argun, a.g.m., s. 397.

<sup>273</sup> Gülmez, a.g.m, s. 112.

<sup>274</sup> Gülmez, a.g.m, s. 112-113.

<sup>275</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 98.

ederek, onay kapsamını genişletme imkanını da üye devletlere tanımıştır. Bu niyette olan bir devlet, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bu niyetini yazılı şekilde bildirmelidir. Taraf devletçe daha sonradan üstlenilen bu yükümlülükler de, onayın ya da kabulün ayrılmaz bir parçasını oluşturur ve yazılı bildirim izleyen otuzuncu günden başlayarak aynı sonuçları doğurur<sup>276</sup>.

Şart'ın dördüncü bölümü, güvence altına alınan hakların uygulamasında ortaya çıkabilecek sorunların denetimine ilişkindir. Denetim mekanizması zorunlu rapor usulüne dayanmaktadır<sup>277</sup>. Şöyleki, her sözleşmecî devlet, Şart'ın ikinci bölümünde yer alan hakların, gerek Şart'a taraf olurken, gerekse daha sonradan kabul edilmiş olsun, uygulanmasına ilişkin olan raporunu iki yılda bir Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne göndermekle yükümlüdür (m.21). Ayrıca, taraf devletler, Bakanlar Komitesinin isteği üzerine, Şart'a taraf olurken kabul etmedikleri haklara ilişkin olarak da Genel Sekretere belirli aralıklarla rapor sunma yükümlüğüne tabi tutulabilirler (m.22). Bakanlar Komitesi, söz konusu raporların hangi kurallar konusunda isteneceğini ve biçiminin nasıl olacağını düzenli aralıklarla belirlemektedir<sup>278</sup>.

Taraf devletlerin hazırlayacakları söz konusu iki tür raporun birer örnekleri, Avrupa Konseyi Hükümetler Sosyal Komitesinin Alt Komitesi toplantılarında temsil edilmek üzere davet edilecek uluslararası işçi ve işveren örgütlerinin üyesi olan kendi ulusal örgütlerine de gönderilir. Taraf devletler, ulusal örgütlerin raporlara ilişkin görüşlerini, ulusal örgütlerce istenmesi halinde Genel Sekretere iletilir (m.23)<sup>279</sup>.

Sosyal Şart'ın denetim mekanizması dört organ eliyle işletilir<sup>280</sup>. İlgili raporlar, taraf devletlerce aday gösterilecek bağımsız uzmanların yer aldığı bir listeden, Bakanlar Komitesince altı yıl için atanan ve görev süreleri yenilenebilen yedi üyeden oluşan bir uzmanlar Komitesi tarafından incelenir ve "sonuçlar"<sup>281</sup> biçiminde sunulur<sup>282</sup>. Yargısal

<sup>276</sup> Gülmez, a.g.m, s. 112 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 98.

<sup>277</sup> Döner, a.g.e., 2003, s. 98.

<sup>278</sup> Gülmez, a.g.m, s. 113-114 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 98 ; Argun, a.g.m., s. 410.

<sup>279</sup> Gülmez, a.g.m, s. 114 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 99 ; Argun, a.g.m., s. 410.

<sup>280</sup> Gülmez, a.g.m, s. 114.

<sup>281</sup> Uzmanlar Komitesince yapılacak incelemenin niteliği ve yöntemi konusunda Sosyal Şart açıklayıcı herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak, Komite'nin Şart kurallarının uygulanma derecesine ilişkin olan gözlemlerini "sonuçlar" şeklinde sunmasını öngörmüştür. (Gülmez, a.g.m, s. 115.)

<sup>282</sup> Gülmez, a.g.m, s. 114-115 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 99 ; Argun, a.g.m., s. 410.

bir değeri olmayan bu sonuçlar, denetim organlarının ikincisi olan Avrupa Konseyi Hükümetler Sosyal Komitesinin Alt Komitesine sunulur. Ayrıca Konsey Genel Sekreteri, Bağımsız Uzmanlar Komitesi'nin sonuçlarını Danışma Meclisi'ne gönderir. Danışma Meclisi de bu sonuçlar konusundaki görüşlerini Bakanlar Komitesine sunar<sup>283</sup>.

Raporlar ve uzmanlar komitesinin vardığı sonuçlar, sözleşmeye taraf her devletin temsilcilerinden oluşan Avrupa Konseyi Hükümet Sosyal Komitesi Alt Komitesine incelenmek üzere sunulur. Alt Komite, yaptığı görüşmeler neticesinde vardığı sonuçları içeren bir raporu, Uzmanlar komitesinin de raporu ile beraber Bakanlar Komitesine sunar<sup>284</sup>.

Avrupa Konseyi'nin karar organı olan ve Konsey üyesi devletlerin Dışışleri Bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi, Hükümet Komitesi raporuna, Bağımsız Uzmanlar Komitesi Sonuçlarına ve Danışma Meclisinin görüşüne dayanarak "tavsiye" niteliği taşıyan kararını verir. Dışışleri Bakanlarının üçte ikisinin çoğunluğuyla alınan tavsiye niteliğindeki bu karar Sözleşmeci taraflara iletilir<sup>285</sup>.

Görüleceği üzere, Bakanlar Komitesi'nin "tavsiye" niteliğinde bir kararı ile noktalan denetim mekanizması, bir yandan karmaşık ve hantal, bir yandan da siyasal niteliği dolayısıyla yaptırım gücünden yoksun bir yapıya sahiptir<sup>286</sup>.

Şart'ın son bölümünde değişik konulara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar, savaş ve kamusal tehlike durumları gibi olağanüstü hallerde Şart'ın tavsiye ettiği yükümlülüklerden sapma, hakların kısıtlanması koşulları, şart ile iç hukuk ya da uluslararası andlaşmalar arasındaki ilişkiler, Şart'ın yer yönünden uygulanması, Şart'ta değişiklikler yapılması, Şart'ın geçersizliğini bildirme, Şart'a ek konulması ve Şart'ın imza onay ve yürürlük kazanabilmesine ilişkin konulardır<sup>287</sup>.

<sup>283</sup> Gülmez, a.g.m, s. 115-116. ; Argun, a.g.m., s. 411.

<sup>284</sup> Gülmez, a.g.m, s. 115 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 99.

<sup>285</sup> Gülmez, a.g.m, s. 116 ; Döner, a.g.e., 2003, s. 99.

<sup>286</sup> Gülmez, a.g.m, s. 116.

<sup>287</sup> Gülmez, a.g.m, s. 117.

## 2.8. Avrupa Birliği İle İlişkiler ve Uyum Süreci

1960'lı yıllara dayanan Türkiye'nin Avrupa Birliğine adaylık süreci, insan hakları alanında ciddi adımların atılması mecburiyetini beraberinde getirmiştir. Türkiye bugüne kadar bir takım iç problemlerini ileri sürerek bu reformların gerçekleştirilmesini sürekli olarak ertelemiştir. Ancak son dönemlerde Avrupa Birliğine adaylık süreci ve bu sürecin sonunda gerçekleşmesi beklenen tam üyelik statüsü, anayasa ile başlayan ve pek çok yasal düzenlemeyle devam eden bir çok değişikliği Avrupa ile bütünleşme adına zorunlu kılmıştır<sup>288</sup>.

### 2.8.1. Kopenhag Kriterleri

Türkiye – Avrupa Birliği ilişkileri 40 yıllık bir geçmişe dayanmaktadır. Önceleri gümrük birliğini esas alan bu ilişki zamanla boyut değiştirerek Avrupa Birliğine bütün halinde entegre olma çabasına dönüşmüştür<sup>289</sup>. Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde iki önemli aşama söz konusudur. Bunlardan ilki, Avrupa Birliği'ne kabulde resmi görüşmelerin başlayabilmesinin ön şartı olarak kabul edilen Kopenhag Kriterleri'ne öncelikle uyulması, diğeri ise Avrupa mevzuatıyla üye olmak isteyen ülke mevzuatının uyumlu hale getirilmesidir<sup>290</sup>.

Avrupa Birliği kendi siyasal sınırları içerisine alacağı ülkelere yönelik olarak ortaya koyduğu siyasal ve ekonomik öncelikleri, 22 Haziran 1993 tarihinde Kopenhag Zirvesi'nde kabul etmiştir. Buna göre Birliğe üye olacak ülkenin başta aday ülkenin tüm yasal düzenlemeleri ve örgütsel yapısıyla demokrasiyi, insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü güvence altına alması istenmektedir<sup>291</sup>. Haziran 1993 de yapılan Zirvede, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'nin genişlemesinin Merkezi Doğu Avrupa Ülkelerini kapsayacağını kabul etmiş ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin

<sup>288</sup> Gökçe, a.g.m., s. 538.

<sup>289</sup> Ramazan Kılıç, *Türkiye- Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük Birliği*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002, s. 112.

<sup>290</sup> Kayıhan İcel, "Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku", *Anayasa Dergisi*, Sayı 17, Ankara 2000, s. 402. ; Süheyl Batum, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Kriterleri", *Siyaset*, Temmuz 2002, s. 15.

<sup>291</sup> Turgay Uzun, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de İnsan Hakları", *Yeni Türkiye*, Sayı 35, Eylül-Ekim 2000, s. 665.

tam üyeliğe kabul edilmeden önce kabul etmesi gereken kriterleri de belirtmiştir<sup>292</sup>. Zirve sonuç bildirgesinde, kriterler şu şekilde ifade edilmiştir:

Üyelik, her aday ülkenin,

- Demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlıklara saygı ile azınlıkların korunmasını güvence alan kurumlarda istikrarı sağlaması,
- İşleyen piyasa ekonomisinin varlığı ile birlik içindeki rekabetçi baskılar ve piyasa güçleri ile uyum kapasitesinin bulunmasını,
- Siyasal ekonomik ve parasal birlik amaçları da dahil, üyeliğin gereklerini yerine getirebilecek durumda olmasını gerektirmektedir<sup>293</sup>.

Görülebileceği üzere kriterler siyasi, ekonomik ve topluluk mevzuatının benimsenmesi olmak üzere üç grupta toplanmıştır. Konumuz açısından belirleyici olan siyasal kriterlerdir. Yani, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve buna bağlı olarak azınlık hakları ile ilgili düzenlemelerdir<sup>294</sup>.

AB'ye üyelik sürecinde, üye devletlerin siyasal kriterleri kabul etmeleri tek başına yeterli görülmemiş, kabul edilen kriterlerin gündelik hayata geçirilmesi de istenmiştir. Aday ülkelerin, üyelik için gösterecekleri performans bir rapor halinde, yılda iki kez toplanan AB Devlet ve Hükümet Başkanlarının Aralık ayı zirve toplantılarına sunulur. Söz konusu rapor, aday ülkelerin birliğe üyeliği için alınacak kararlara dayanak oluşturmaktadır<sup>295</sup>.

Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde olan Türkiye, Kopenhag Kriterlerini yerine getirmeyi kabul etmiş ancak, Türkiye'nin, insan hakları düzeyinin üye devletlerin seviyesine yükseltilmesinin önünde ciddi engeller vardır. Türkiye Cumhuriyeti'nin

<sup>292</sup> [http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag\\_kri.html](http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html) (04-12-2003).

<sup>293</sup> İçel, a.g.m., s. 403.

<sup>294</sup> İçel, a.g.m., s. 403.

<sup>295</sup> İçel, a.g.m., s. 404.



siyasal yapısının, bütünlüğünün ve anayasal ilkelerinin korunması elbette büyük önem taşımaktadır. Ancak, Türkiye'nin kendine has özel şartları, jeopolitik konumu, iç ve dış tehdit altında bulunması gibi konuların Kopenhag Kriterleri'nin uygulanmasını ve Türkiye'nin AB'ye tam üye olmasını engelleyici unsurlar olduğu da açıktır<sup>296</sup>.

Tüm bu engellemelere rağmen, insan hakları alanında yeterli bir gelişmenin sağlanabilmesi, uluslararası alandaki insan hak ve hürriyetlerine paralel olarak yapılacak anayasal ve yasal düzenlemelerle mümkündür. Kopenhag Kriterleri doğrultusunda yapılacak düzenlemeler, bireyin özgürlük alanını genişletecek, idari alanda yönetilenlerin etkin olarak korunduğu bir yapı oluşturulacak daha da önemlisi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yaşam kalitesini yükseltecektir. Böylece Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde önemli bir adım atılmış olacaktır<sup>297</sup>.

### 2.8.2. Helsinki Zirvesi

Helsinki Zirvesi, 10-11 Aralık 1999 tarihinde toplanmıştır. Zirve, Türkiye'nin 40 yıllık üyelik sürecinde bir dönüm noktası niteliğindedir. Çünkü, Türkiye'nin AB'ye tam üyelik için adaylığı resmi olarak kabul edilmiştir. Zirve'nin ardından Türkiye-AB ilişkileri yepyeni bir döneme girmiştir<sup>298</sup>.

Türkiye açısından tarihi bir önem taşıyan bildirinin sonuç kısmında, AB'nin genişleme sürecinde Türkiye'nin konumu ve diğer konularla ilgili olarak önemli kararlar alınmıştır<sup>299</sup>. Bu kararlar genel hatları ile şu şekildedir, Türkiye'nin, diğer aday ülkelere uygulanan aynı kriterler bağlamında, Birliğe katılabilecek bir ülke olduğu kabul edilmiştir. Türkiye katılım öncesi stratejiden yararlanabilecektir. Ayrıca, topluluk programlarına, ajanslarına ve aday ülkelerle Birlik üyeliği sürecinde yapılan toplantılara katılabilecektir<sup>300</sup>.

<sup>296</sup> Uzun, a.g.m., s. 665-666.

<sup>297</sup> Uzun, a.g.m., s. 666.

<sup>298</sup> Kılıç, a.g.e., s. 198.

<sup>299</sup> Kılıç, a.g.e., s. 199-203.

<sup>300</sup> Kılıç, a.g.e., s. 203-204.

### 2.8.3. 2000 Katılım Ortaklığı ve Uyum Yasaları

AB Konseyi, Helsinki Zirvesi'nde, Türkiye'deki olumlu gelişmeleri ve Kopenhag Kriterlerinin uygulanmasında gösterilen kararlılığı memnuniyetle karşılamıştır<sup>301</sup>.

AB Konseyi, Helsinki Zirvesi'nde, siyasi ve ekonomik kriterler ile üye ülkelerin üyelik için üzerinde yoğunlaşması gereken öncelikleri gösteren ve AB müktesebatının benimsenmesi için aday ülkelerin Ulusal Programlarına eşlik edecek bir katılım ortaklığı belgesi hazırlanması yönünde karar almıştır<sup>302</sup>. 8 Kasım 2000 tarihinde açıklanan Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, AB müktesebatına uyum sağlamak amacıyla her alanda neler yapılması gerektiği kısa ve orta vadeli siyasi kriterler olarak belirlenmiştir. Katılım Ortaklığı Belgesi, 2001 Anayasa değişikliklerinin yapılmasında önemli rol oynamıştır<sup>303</sup>.

Katılım ortaklığı belgesi'nde yer alan hususlar Türkiye-AB ilişkilerinin tam üyelik doğrultusunda nihai perspektifi belirlemektedir. Bu belgede yer alan kriterler kısa ve orta vadede hedefler koymuştur. Kısa vadede konulan hedefler şu şekilde sıralanmaktadır<sup>304</sup>.

- Kıbrıs konusunda Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin yaptığı çalışmaların başarıya ulaşması için desteklenmelidir.
- AİHS'nin 10. maddesi gereği düşünce özgürlüğü hakkının yasal ve anayasal garantileri güçlendirilmeli ve bu çerçevede şiddet yanlısı olamayan görüşleri dile getirmekten hüküm giymiş kişilerin durumları incelenmelidir.
- Barışçıl toplanma ve örgütlenme özgürlüğü yasal ve anayasal olarak güçlendirilmeli ve sivil toplumun gelişmesi teşvik edilmelidir.

<sup>301</sup> Kılıç, a.g.e., s. 207.

<sup>302</sup> Kılıç, a.g.e., s. 207.

<sup>303</sup> Batur, a.g.m., s. 14 ; Aydın İpek, "Türkiye'de Anayasacılık Hareketlerinde İnsan Hakları ve Demokrasi Kavramlarının Gelişimi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya 2002, s. 94.

<sup>304</sup> Kılıç, a.g.e., s. 211-212 ; İpek, a.g.t., s. 94.

- Avrupa Sözleşmesi uyarınca işkenceyle mücadele konusunda gerekli bütün önlemler alınmalı ve bu konudaki yasal düzenlemeler güçlendirilmelidir.
- Yargı öncesi göz altı süresinin, AİHS ve İşkenceyi Önleme Komitesi'nin önerileri doğrultusunda yasaların tam uyumu sağlanmalıdır.
- Diğer ülkelerle ve uluslararası örgütlerle işbirliği içindeki yasa uygulayıcıların insan hakları eğitimleri yoğunlaştırılmalıdır.
- Devlet Güvenlik Mahkemeleri de dahil olmak üzere, yargının işlevselliğinin ve verimliliğinin uluslararası standartlara uygun şekilde geliştirilmesi gerekmektedir. Hakimlerin ve savcılarının, özellikle insan hakları alanı da dahil olmak üzere AB mevzuatı hakkında eğitimleri güçlendirilmelidir.
- Ölüm cezasının uygulanması konusunda fiilen süren askıya alma durumu devam ettirilmelidir.
- Türk vatandaşlarının kendi ana dillerinde radyo- TV yayını yapmalarını yasaklayan bütün yasal engellemeler kaldırılmalıdır.
- Tüm vatandaşların ekonomik, sosyal ve kültürel imkanlarının artırılması amacıyla, bölgesel farklılıkların azaltılması ve özellikle Güney Doğu Anadolu Bölgesindeki şartların iyileştirilmesi için kapsamlı bir yaklaşım geliştirilmelidir.

Orta vadede öngörülen çözüm önerileri ise<sup>305</sup>;

- Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi görüş, felsefi inanç veya din farkı gözetmeksizin tüm bireylerin insan hakları ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanabilmesinin güvence altına alınması gerekmektedir.
- Türk Anayasası ve ilgili diğer yasaların, AİHS'de belirtildiği şekliyle Türk vatandaşlarının hak ve özgürlükleri garanti altına alınacak şekilde gözden geçirilmeli ve ilgili yasaların uygulanmasını ve AB üyesi ülkelerdeki uygulamalarla uyumları sağlanmalıdır.

<sup>305</sup> Kılıç, a.g.e., s. 217-218 ; İpek, a.g.t., s. 96.

- Ölüm cezası kaldırılmalı, AİHS'nin 6 no'lu protokolü imzalanarak yürürlüğe sokulmalıdır.
- Uluslararası Vatandaşlık ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile ihtiyari ek protokolü ve Uluslararası ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi onaylanarak yürürlüğe konulmalıdır.
- Cezaevlerindeki mahkumiyet şartlarının, Mahkumlara Muamelede Asgari Standart Kuralları'na ve diğer uluslararası normlara uygun hale getirilmelidir.
- AB üyesi devletlerin uygulamaları doğrultusunda, Milli Güvenlik Kurulu'nun anayasal rolünün hükümete danışma organı olacak şekilde düzenlenmelidir.
- Güney Doğu'da halen uygulanmakta olan olağanüstü hal uygulaması kaldırılmalıdır.
- Kültürel çoğulculuk temin edilerek, kökenlerine bakılmaksızın tüm vatandaşların kültürel hakları güvence altına alınmalıdır. Eğitim alanı da dahil olmak üzere bu hakların kullanılmasını önleyen tüm yasaklar kaldırılmalıdır.

Katılım ortaklığı belgesinde belirtilen hedeflere ulaşmak için, 57. Hükümet döneminde, Başbakanlık İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Sekreteryası eşgüdümünde, Kopenhag Siyasi Kriterleri ışığında, asker ve siyasilerin geniş sayılabilecek katılımlarıyla,<sup>306</sup> hazırlanan raporda, Türkiye'nin alması gereken anayasal ve yasal önlemler belirtilmiştir. Bu önlemler bir takvime bağlanmış ve kısa vadede, 2001 yılı sonuna kadar, Anayasa'da öngörülen değişikliklerin yapılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>307</sup>.

2001 anayasa değişikliklerinin yürürlük kazanmasından sonra, söz konusu değişikliklerin uygulamaya geçirilebilmesi için, bir takım yasal düzenleme ve

<sup>306</sup> Komisyon çalışmalarına, Genel Kurmay Başkanlığı, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, MGK Genel Sekreterliği, Devlet Planlama Teşkilatı, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü katılmıştır.

<sup>307</sup> Kopenhag Siyasi Kriterleri Işığında Türkiye'nin Alması Gereken Önlemler Demokrasi Hukukun Üstünlüğü İnsan Hakları Takvimi, Başbakanlık İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Sekreteryası Eşgüdümünde Hazırlanan Rapor, Yeni Türkiye, S.36, 2000, s. 1595-1611.

değişikliklere ihtiyaç duyulmuştur. Büyük oranda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak çıkartılan uyum yasaları<sup>308</sup>, aynı zamanda Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde Katılım Ortaklığı Belgesi ve buna paralel hazırlanan Ulusal Program'da belirlenen hedefler çerçevesinde saptanan eksikliklerin giderilmesini de amaçlamıştır<sup>309</sup>.

## 2.9. Değişen Toplumsal Koşullar

Günümüz anayasa anlayışı içerisinde, anayasalar, evrensel normları ve değerleri tabandaki yapıya uygun olarak düzenlemek durumundadır. Bu anlayış ile düzenlenen anayasalar toplumu karakterize eden anayasalardır. Başka bir ifade ile anayasalar, bireysel hak ve özgürlükler ile toplumun müşterek değer ve çıkarları arasında denge unsuru olacaktır. Anayasa, bu anlamıyla bir toplumsal sözleşme mahiyeti kazanır. Tüm özel ve tüzel kişileri bağlayıcı bir nitelik arz eder<sup>310</sup>.

Yukarıda çerçevesi belirlenen anayasa nitelemesi dikkate alındığında Gökçe'ye göre 1982 Anayasası;

“bu haliyle, yeni yüzyılın gereksinimlerine ve koşullarına cevap vermekten çok uzak bir anayasa olmuştur. Böylece toplumun taleplerine cevap veremeyen, sorunlarına çözüm üretemeyen, üstelik, sorunları daha da ağırlaştıran 1982 Anayasası'nın değiştirilmesinde büyük bir haklılık payı vardır. Gerek küreselleşme ve gerekse Avrupa'yla bütünleşmenin gerekleri, Türkiye'nin, sistemini yeni baştan gözden geçirmesini zorunlu kılmaktadır. Türkiye'nin, yalnızca siyasi, hukuki ve iktisadi alanlarda değil, her alanda yenilenmeye ciddi olarak gereksinimi vardır. Bu yenilenme ihtiyacı, sadece dış koşulların ve uluslararası konjonktürün ortaya çıkardığı bir zorunluluk da değildir. Daha insani, daha uygar ve daha çağdaş bir sosyo-ekonomik sistemi, herhangi bir dış etki olmasa bile, kendimiz için yeniden yapılandırmak zorundayız”<sup>311</sup>.

Yazar, 1982 Anayasası'nı, Türkiye'nin sorunlarının çözilemeyeşinde hatta daha da karmaşık bir hal almasında baş etken olduğunu ifade etmektedir. Tüm bunlara ilave

<sup>308</sup> Avrupa Birliğiyle uyum sürecinde bugüne kadar 7 uyum yasası çıkartılmıştır. Söz konusu yasal düzenlemeler sırasıyla, 4774, 4748, 4771, 4778, 4793, 4928, 4963 numaralı yasalardır.

<sup>309</sup> Sevtap Yokuş, “Avrupa Birliği'ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye'de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları”, *İÜHFİM*, C. LXI, Sayı: 1-2, 2003, s. 224-225.

<sup>310</sup> Gökçe, a.g.m., s. 536.

<sup>311</sup> Gökçe, a.g.m., s. 536-537.

olarak, demokrasinin, hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının tartışılmaz değerler olarak kabul edildiği dünyamızda, 1982 Anayasası'nın, günün değişen ve gelişen toplumsal koşullarına uygun biçimde, kamuoyunun beklentilerini de dikkate alarak, demokratik açılımlar doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>312</sup>.



---

<sup>312</sup> Gökçe, a.g.m., s. 537.



### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

**3 EKİM 2001 TARİHLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN TEMEL HAK VE  
HÜRRİYETLERE KAZANDIRDIĞI YENİ BOYUT VE BU YENİ BOYUTUN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

### 3.1. 1982 Anayasasındaki Daha Önceki Değişiklikler

#### 3.1.1. 17.05.1987 Tarihli Anayasa Değişikliği

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği 07.11.1982 tarihinden itibaren akademisyenlerin, siyasilerin, sivil toplum kuruluşlarının ve basın yayın organlarının yoğun şekilde eleştirilerine maruz kalmış bir anayasadır<sup>313</sup>. Bu eleştiri ve tartışmalar beraberinde anayasa değişikliklerini gündemin değişmeyen konusu haline getirmiştir<sup>314</sup>.

1982 Anayasasında ilk değişiklik, Anayasanın kabulünün üzerinden henüz beş yıl dahi geçmeden 3361 sayılı kanun ile 17.05.1987 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Söz konusu değişiklik kapsamında, seçmen olabilme yaşı 21'den 20'ye indirilmiş ancak demokratik ülkelerde genel kural haline gelen 18 yaşına henüz inilememiştir<sup>315</sup>. Milletvekili sayısı 400'den 450'ye çıkarılmıştır. Anayasa değişikliğini düzenleyen 175. maddede, anayasa değişikliğine ilişkin teklifin kabulü için aranacak asgari yetersayı üye tam sayısının üçte ikisinden (2/3) beşte üçüne (3/5) indirilmiş<sup>316</sup>, bu değişiklikte anayasanın katılımı bir ölçüde giderilmiş ancak bu olumlu gelişmenin yanında, anayasa değişikliklerinin gizli oyla yapılacağı esasının getirilmiş olması deneyimlerle sabit olduğu gibi, siyasette saydamlığı azaltan bir düzenleme olmuştur. Yine anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca halkoylamasına sunulması konusu yeni esaslara bağlanmıştır<sup>317</sup>.

1987 anayasa değişikliklerine damgasını vuran en önemli değişiklik, 12 Eylül 1980 öncesi siyasetçilerin önde gelenlerine getirilen 10 yıllık siyaset yapma yasağını düzenleyen Anayasanın geçici 4. maddesinin yürürlükten kaldırılmasıdır<sup>318</sup>. Geçici 4. madde zorunlu olarak halkoylamasına sunulmuş ve siyaset yasakları halkoylaması sonucunda kalkmıştır<sup>319</sup>.

<sup>313</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2001 b, s.2-3.

<sup>314</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 198.

<sup>315</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 271-272.

<sup>316</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 200.

<sup>317</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 272. ; Cem Eroğul, "Üçüncü Anayasa Değişikliği", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt XIX, Sayı 183, Eylül 1995, s. 7.

<sup>318</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 271.

<sup>319</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 200.



### 3.1.2. 08.07.1993 Tarihli Anayasa Değişikliği

1982 Anayasasında ikinci değişiklik 08.07.1993 tarihinde 3913 sayılı kanunla yapılmıştır. Söz konusu Anayasa değişikliği tek bir maddeden ibarettir. Anayasanın 133. maddesinde yapılan bu değişiklikte, radyo ve televizyonda devlet tekelinin kaldırılması amaçlanmış ve özel radyo ve televizyon istasyonlarının kurulmasının önündeki anayasal engel ortadan kaldırılmıştır. Kaçınılmaz hale gelen bu değişiklikte birlikte, on iki yıllık bir aradan sonra, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun özerkliği yeniden anayasa güvencesine kavuşturulmuş oldu<sup>320</sup>. Bunun yanı sıra, kamuoyunun sağlıklı, tarafsız ve güvenilir haber alma hakkının önündeki engeller de ortadan kaldırılmış oldu.

### 3.1.3. 27.07.1995 Tarihli Anayasa Değişikliği

Üçüncü Anayasa değişikliği, 23.07.1995 tarihinde 4121 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir. 1995 Anayasa değişiklikleri, 2001 Anayasa değişikliklerine gelinceye kadar yapılan en kapsamlı anayasa değişikliği olma özelliğine sahiptir.

1995 Anayasa Değişikliği, başlangıç bölümünde yapılan değişikliğe ek olarak on dört madde üzerinde gerçekleşmiştir<sup>321</sup>. Eroğul, bu değişikliklerin, Avrupa Gümrük Birliği'ne kabul edilmenin karşılığı olarak gerçekleştirildiğini ve genel anlamda demokratikleşme yolunda atılan bir adım olduğunu ifade etmektedir<sup>322</sup>.

Anayasanın başlangıç kısmında önemli sayılabilecek iki değişiklik yapılmıştır. İlki, ikinci fıkrada yer alan, 12 Eylül askeri müdahalesinin milletin çağrısı üzerine gerçekleştirildiği ve müdahale sonucunda yapılan anayasanın Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisi'nce yapıldığına işaret eden ifade metinden çıkartılmış. İkincisi, "Kutsal Türk Devleti" ifadesi yerini, yapılan değişiklikte, "Yüce

<sup>320</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 200.

<sup>321</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 200.

<sup>322</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 8.

Türk Devleti” ifadesine bırakmıştır<sup>323</sup>. Böylelikle, artık ne 12 Eylül askeri darbesinden ne de darbeyi haklı kılmaya çalışan gerekçelerinden eser kalmamıştır<sup>324</sup>.

Anayasanın 33. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının kaldırılması suretiyle yapılan değişiklikle, derneklerin siyasal faaliyetlerde aktif şekilde yer alabilmelerinin önündeki engeller kaldırılmış oldu<sup>325</sup>. Yine bu değişiklik kapsamında derneklerin; sendika, meslek kuruluşları ve vakıflarla işbirliği yapabilmeleri ve dayanışma içinde bulunabilmelerini yasaklayan hükümler de bertaraf edildi<sup>326</sup>.

Derneklere ilişkin 1995 Anayasa değişiklikleri, yani, derneklerin siyasal faaliyette bulunabilmeleri; siyasal parti, sendika, vakıf ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile amaçlarını gerçekleştirmek için işbirliği yapabilmeleri ve dayanışma içinde bulunabilmeleri, çoğulcu ve katılımcı demokrasi yönünde atılmış önemli bir adım olarak kabul edilmelidir<sup>327</sup>.

Anayasanın, sendikal faaliyetler başlığını taşıyan 52. maddesi tamamıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu maddenin bütünüyle kaldırılması, 33. maddede dernekler için öngörülen hukuki durumun sendikalar yönünden de geçerli olmasını sağlamıştır<sup>328</sup>.

1995 Anayasa değişiklikleri içinde en fazla tartışılan değişiklik, kamu görevlilerinin sendika kurma, toplu sözleşme yapma ve grev haklarının kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin olan 53. maddesidir. Bu haklardan sadece, sendika kurma hakkı kabul edilmiştir. Toplu sözleşme yerine toplu görüşme usulü benimsenmiş. Grev hakkı ise, bugün de olduğu gibi kamu görevlilerine tanınmamıştır<sup>329</sup>.

<sup>323</sup> Yıldızhan Yayla, “Dernek, Vakıf ve Sendikalara İlişkin Anayasa Değişiklikleri – 1995”, Coşkun Kırca’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 1996, s. 28. ; Eroğul, a.g.m., 1995, s. 8 ; Tülen, a.g.m., 2000, s. 200 ; Eroğul, a.g.m., 2001, s. 272. ; Atar, a.g.e., 2002 a, s. 42 ; Yusuf Şevki Hakyemez, “1982 Anayasası’nda 1995 Değişiklikleri ve Demokratik Toplum”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 1996, s. 76-77.

<sup>324</sup> Eroğul, a.g.e., 2000, s. 312-313.

<sup>325</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 8.

<sup>326</sup> Hakyemez, a.g.t., s. 80-81.

<sup>327</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 8 ; Hakyemez, a.g.t., s. 81.

<sup>328</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 9 ; Yayla, a.g.m., s. 35.

<sup>329</sup> Yayla, a.g.m., s. 36.

Anayasanın 67. maddesinde yapılan değişiklikle, 1987 Anayasa değişikliği ile 20'ye çekilen seçmen olma yaşı, 18'e indirildi. Böylece, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası olan 1924 Anayasası'nın seçmen olabilmek için öngördüğü ilk yaş sınırı, 61 yıl aradan sonra tekrar kabul edildi. Bu değişiklik, Eroğul tarafından 1995 değişiklikleri içerisinde en önemli değişiklik olarak nitelendirilmektedir<sup>330</sup>.

Bunun yanı sıra, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan tutukluların seçme haklarının önündeki anayasal engel ortadan kaldırıldı. Yurt dışındaki vatandaşlarımıza da Türkiye'deki seçimlerde oy kullanabilmelerine imkan tanınmış oldu. Aynı maddenin sonuna eklenen bir fıkra ile de seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesi ile bağdaşacak şekilde düzenlenmesi gerektiği anayasal bir zorunluluk olarak getirildi<sup>331</sup>.

68. maddede yapılan değişiklikle, siyasi partilere üye olabilme yaşı, seçmen olabilme yaşı ile uyumlu hale getirilerek 18'e indirildi. Siyasi partilere üye olma ile ilgili bir başka değişiklik de yüksek öğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları ve yüksek öğretim öğrencilerini ilgilendiren değişikliktir. Şöyle ki, artık yüksek öğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları ve üniversite öğrencileri siyasal partilere üye olabilecekler ve aktif siyasetin içerisinde yer alabileceklerdir. Ancak yüksek öğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları siyasi partilerin merkez örgütlerinde görev alma biçiminde bu haktan yararlanabileceklerdir<sup>332</sup>.

Siyasi partilere ilişkin değişiklikler de 69. maddede yer almaktadır. Buradaki esas yenilik, dernekler ve sendikalarla ilgili olarak kaldırılan yasakların siyasal partiler için de kaldırılmış olmasıdır<sup>333</sup>. Şöyle ki, siyasi partiler; dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunabilmelerine imkan tanımayan yasaklar anayasadan çıkartılmıştır. Yine, siyasi partilerin yurt dışında faaliyette

<sup>330</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 9.

<sup>331</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 9 ; Tülen, a.g.m., 2000, s. 201.

<sup>332</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 9.

<sup>333</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 9.

bulunabilmelerini, kadın kolu ve gençlik kolu gibi yan kuruluşlar kurulabilmelerinin önündeki engeller ortadan kaldırıldı<sup>334</sup>.

Çoğulcu ve katılımcı demokrasinin inşası adına yapılan bu değişikliklerin yanı sıra, siyasi partilerin faaliyetlerine bazı kısıtlamalar da getirilmiştir. Söz konusu kısıtlamalar, siyasi partilerin tüzük ve programlarının yanı sıra eylemlerinin de devletin bağımsızlığına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine de aykırı olamayacağı ve siyasi partilerin suç işlenmesini teşvik edemeyeceklerine ilişkindir<sup>335</sup>.

Aynı madde kapsamında siyasi partilerle ilgili olan bir başka değişiklikte, siyasi partilerin kapatılması ile ilgili olarak, anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen yasakların işlendiği bir odak noktası haline geldiğinin tespitinin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerektiğine ilişkin anayasa değişikliğidir<sup>336</sup>.

Anayasanın 75. maddesinde yapılan değişiklik, 1987 değişiklikleri ile 450 olan milletvekili sayısının 550'ye çıkartılmasını öngörmektedir. Milletvekili sayısının 550'ye yükseltilmesi bir yandan bütçeye daha fazla yük getireceği gerekçesiyle tartışmalara yol açarken bir yandan da yasama organının ağırlığını artırdığı gerekçesiyle olumlu bir değişiklik olarak kabul edilmiştir<sup>337</sup>.

Anayasanın 84. maddesinde yapılan değişiklikle, TBMM üyeliğinin düşmesi sebepleri yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklik kapsamında, parti değiştiren ya da başka partilerin kurduğu hükümetlerde görev alan milletvekilleriyle kapatılan bir partinin üyesi olan milletvekillerinin üyeliğinin düşeceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır<sup>338</sup>. Kesin hüküm giyen veya kısıtlanan milletvekillerinin üyelikleri, bundan böyle, kesinleşen mahkeme kararının Genel Kurul'a bildirilmesi ile kendiliğinden düşeceği esası getirildi. Böylece, TBMM üyeliği ile bağdaşmayan bir suçtan dolayı

<sup>334</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 202.

<sup>335</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 202.

<sup>336</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 202.

<sup>337</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 9.

<sup>338</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 10.

kesin hüküm giyen bir milletvekilinin siyasal hesaplarla üyeliğinin sürdürülmesi olanağı ortadan kaldırılmış oldu<sup>339</sup>.

Bir diğer düzenleme ise, partisinin kapatılmasına eylem ve sözleriyle sebebiyet verilip verilmediğine bakılmaksızın temelli kapatılan bir siyasi partinin bütün milletvekillerinin meclis üyeliklerinin sona ereceğine ilişkin düzenlemenin anayasadan çıkarılarak meclis üyeliğinin düşmesi için sadece beyan ve eylemleriyle partisinin kapatılmasına sebebiyet verdiği Anayasa Mahkemesince tespit edilen milletvekillerinin üyeliklerinin sona ereceği hükmüne bağlanmıştır<sup>340</sup>.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve üyeliğin düşmesi kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuru koşullarını yeniden düzenleyen 85. madde hükmü, 84. maddede yapılan değişikliğe uygun hale getirme kaygısıyla gerçekleştirilmiş ve eski düzenlemenin esasını olduğu gibi yerinde bırakmıştır<sup>341</sup>.

93. maddede yer alan, TBMM'nin her yıl Eylül ayının ilk günü kendiliğinden toplanır ifadesi, TBMM her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır şeklinde değişmiştir.

Yerel idare seçimlerinin takvimine ilişkin yeni bir düzenleme getiren 127. maddeye göre, yerel yönetimlere ilişkin genel ya da ara seçimlerin olağan olarak yapılacağı tarih, milletvekili genel ya da ara seçimlerine en çok bir yıllık zaman diliminde yer alıyorsa, bu durumda yerel seçimler ile milletvekili seçimleri birlikte yapılacaktır. Diğer bir ifadeyle, beş yıl aralıklarla tekrarlanan yerel genel seçimler milletvekili genel seçimlerinin bir yıl öncesine veya bir yıl sonrasına rastlıyorsa milletvekili genel seçimiyle beraber yapılacaktır<sup>342</sup>.

135. maddede yapılan değişiklikle, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yöneticilerinin görevden uzaklaştırılmalarının ancak hakim kararıyla

<sup>339</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 10.

<sup>340</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 202.

<sup>341</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 10.

<sup>342</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 10.

yapılacağını belirterek yöneticilerin görevden uzaklaştırılmaları hususunda meydana gelebilecek keyfiliğin önüne geçilmiş oldu. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından daha da önemli olan değişiklik, bu kuruluşların önündeki siyasal engellerin ortadan kaldırılması şeklinde yapılanıdır<sup>343</sup>.

Anayasa mahkemesinin çalışma ve yargılama esasını düzenleyen 149. maddeye bir cümle eklenerek, hakkında kapatılma davası açılan bir siyasi partinin genel başkanının veya başkanın tayin edeceği bir milletvekilinin savunmasının dinleneceği esası kabul edilmiştir. Eroğul, bu düzenlemenin, demokratik hayatın vazgeçilmez öğeleri olan siyasi partiler için ek bir güvence getirmediğini, söz konusu güvencelerin hem anayasada hem de yasalarda yapılacak köklü değişikliklerle sağlanabileceğini ifade etmiştir<sup>344</sup>.

1995 değişikliklerinin sonuncusu 171. maddede gerçekleştirilmiştir. Kooperatifçiliği düzenleyen bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan siyasetle uğraşma yasağı ortadan kaldırılmıştır. Böylece, kooperatifler de diğer sivil toplum kuruluşları gibi siyasetle uğraşabilecekler, siyasal partilerle işbirliği yapabileceklerdir. Bu değişiklikle, 1982 Anayasası'nda öngörülen örgütlü siyaseti siyasal partilerle sınırlayan yasaklar ortadan kaldırılmış ve sendika, dernek, vakıf, kooperatif ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi sivil toplum kuruluşlarına siyaset yapabilme imkanı tanınarak, siyasal katılma kanallarının genişletilmesi sağlanmıştır<sup>345</sup>.

### 3.1.4. 18.06.1999 Tarihli Anayasa Değişikliği

1982 Anayasası'nda 2001 değişiklikleri yapılmadan önceki son anayasa değişikliği 1999 yılında gerçekleştirilmiştir. Yasama organı, 1999 yılı içerisinde iki anayasa değişikliği sığdırmıştır. İki aya yakın bir zaman aralığıyla yapılan bu değişikliklerin ilki, 18.06.1999 tarih ve 4388 sayılı kanunla, ikincisi ise, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı kanunla gerçekleştirilen anayasa değişiklikleridir.

<sup>343</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 11.

<sup>344</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 11.

<sup>345</sup> Eroğul, a.g.m., 1995, s. 11 ; Tülen, a.g.m., 2000, s. 203.

4388 sayılı kanun ile yapılan ilk anayasa değişikliği, Anayasanın 143. maddesinde yer alan Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev alacak hakim ve savcıların hangi kaynaktan ve nasıl seçileceğinin yeniden düzenlenmesi ile ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yer alan askeri üyelerin varlığı, bu mahkemelerin bağımsız bir mahkeme olarak kabulüne engel olmaktadır, yönünde Türkiye aleyhine verdiği bazı kararlar, söz konusu değişikliğe zemin hazırlamıştır. Yapılan değişiklik sonucunda, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri hakim ve savcılarının görev almaları uygulamasına son verilerek, mahkeme hakim ve savcılarının sivil hakim ve savcılar arasından göreve getirilmesi esası benimsenmiştir<sup>346</sup>.

### 3.1.5. 13.08.1999 Tarihli Anayasa Değişikliği

1999 yılı içerisinde yapılan ikinci değişiklik, beşinci anayasa değişikliği, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir. Anayasanın devletleştirme ve özelleştirme başlığını taşıyan 47. maddesine eklenen bir fıkra ile kamu mallarının özelleştirilebilmesinin önü açılmıştır<sup>347</sup>. Bu değişiklikle, özelleştirme ilk kez bir kurum olarak anayasaya girmiş oldu<sup>348</sup>.

125. maddenin ilk fıkrasına eklenen bir cümle ile kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için milli veya milletlerarası tahkime gidilebileceği esası kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak, Anayasanın Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 155. maddesinde de değişiklik yapılarak, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde Danıştay'ın inceleme görevi, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek" şeklinde sınırlandırılmıştır<sup>349</sup>.

<sup>346</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 273 ; Tülen, a.g.m., 2000, s. 203-204.

<sup>347</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 204.

<sup>348</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 273.

<sup>349</sup> Tülen, a.g.m., 2000, s. 204.

### 3.2. 2001 Anayasa Değişikliği Süreci ve Kişi Hak ve Hürriyetleriyle İlgili Değişikliklerin Genel Bir Değerlendirmesi

1982 Anayasası'na toplumun değişik kesimlerinden, özellikle sivil toplum kuruluşlarından yöneltilen haklı eleştiriler dün olduğu gibi bugün de zaman zaman ülke gündemini işgal etmektedir, bundan sonra da edecektir. Toplum her yönüyle temsil edebilecek, toplumun ihtiyaçlarına daha iyi cevap verebilecek, daha sivil bir anayasa isteği, gerek siyasi iktidar gerekse milletin genel eğiliminin tezahür yeri olan yasama organında kabul görmüş ve 1982 Anayasası'nda bugüne kadar yapılan anayasa değişiklikleri içerisinde en kapsamlı olan anayasa değişikliklerinin gerçekleştirilmesine neden olmuştur.

2001 Anayasa değişikliklerinin genel gerekçesinin yukarıda ifade edilen gerekçelerle aynı paralelde olduğu fark edilmektedir. Gerekçede, mevcut Anayasa'nın uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve Anayasa'nın yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenme isteğinde bulunduğu belirtilmiştir<sup>350</sup>.

2001 Anayasa değişikliği, Mecliste grubu bulunan siyasi partilerin eşit olarak temsil edildikleri Partilerarası Uzlaşma Komisyonu tarafından hazırlanmış ve aralarında hükümeti oluşturan siyasi partilerin genel başkanlarının da yer aldığı bir grup milletvekili tarafından Meclis Başkanlığına sunulan, Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesine dair kanun teklifi, Anayasa Komisyonu ve Genel Kuruldaki gerekli aşamaları geçtikten sonra bazı değişikliklere uğrayarak 3.10.2003 tarihinde 4709 sayılı kanunla Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmiştir<sup>351</sup>.

4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik 35 madde ve bir geçici maddeden oluşmaktadır. Değişikliğe ilişkin kanunun 27. maddesi hariç diğer maddeleri 17.10.2001 tarihinde 24556-Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>350</sup> Bülent Çiçekli, M. Bedri Eryılmaz, "Son Anayasa Değişikliği Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 60, S. 1, 2002, s. 33-34.

<sup>351</sup> Hikmet Tülen, "3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme", *AÜEHFD*, CiltV, Sayı 1-4, 2001, s. 191.



Cumhurbaşkanı 27. maddeye ilişkin olarak halkoylamasına gidilmesi yönünde karar almıştır. Halkoylamasına gidilmesine ilişkin karar 22.10.2001 tarihinde 24561-Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Bunun üzerine TBMM, halkoylamasına sunulmasına karar verilen Anayasanın 86. maddesine ilişkin düzenlemeyi yeniden gözden geçirmiş ve 21.11.2001 tarihinde kabul ettiği 4720 sayılı kanunla aynı maddede ikinci bir değişiklik yapmıştır. Cumhurbaşkanı tarafından 1 Aralık 2001 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>352</sup>.

Sistematik açıdan bakıldığında, 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliklerinin büyük bir kısmının temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemeler olduğu görülecektir<sup>353</sup>. 35 maddelik anayasa değişikliğine ilişkin kanunun, anayasanın başlangıç kısmında değişiklik öngören ilk maddesi ile beraber onu takip eden 25 maddesi, temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak yapılmış anayasa değişiklikleridir<sup>354</sup>. Ayrıca Anayasanın 87.,149., ve geçici 15. maddesinde yapılan değişikliklerde temel hak ve hürriyetlerle yakından ilgilidir. Böylelikle 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliklerinin yaklaşık olarak yüzde seksenbeşi temel hak ve hürriyetlere ilişkindir<sup>355</sup>.

Anayasanın genel hükümler bölümündeki 13. ve 14. maddeler; kişinin hakları ve ödevleri bölümünde yer alan 19., 20., 21., 22., 23., 26., 28., 31., 33., 34., 36., 38. ve 40. maddeleri; sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümündeki 41., 46., 49., 51., 55. ve 65. maddeler ile siyasal haklar ve ödevler bölümündeki 66., 67., 69. ve 74. maddeler çeşitli düzeylerde değişikliğe maruz kalmıştır<sup>356</sup>.

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin değişikliklerin dışında yasama organının kuruluşu görev ve yetkileri ile TBMM üyelerinin ödenek ve yolluklarına ilişkin olarak 86., 87., 89., 94. ve 100. maddelerde değişikliğe uğramıştır. Anayasada yürütme organının düzenlendiği bölümde tek maddelik değişiklik öngörülmüş o da Milli

<sup>352</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 143-144 ; Tülen, a.g.m., 2001, s. 191.

<sup>353</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 193.

<sup>354</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 273 ; Tülen, a.g.m., 2001, s. 193.

<sup>355</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 193.

<sup>356</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 194.

Güvenlik Kurulu'nun yapısı ve kararlarının niteliğine ilişkin olarak yapılmış olanıdır. Anayasanın 149. maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasa mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarında beşte üç çoğunlukla kapatma kararı vereceğine dair ibare anayasaya dahil edilmiştir. Anayasada öngörülen son değişiklik, Anayasanın geçici 15. maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olarak yapılmıştır. Böylelikle 12 Eylül döneminde kabul edilen kanunların ve diğer yasama işlemlerinin anayasaya aykırılıkları ileri sürülebilecektir<sup>357</sup>.

2001 Anayasa değişikliklerine, toplumun farklı kesimlerinden değişik tepkiler yöneltilmiştir. Kimi toplum kesimleri yapılan değişiklikleri iyimserlikle karşılamış ve değişikliklerle yeni sivil bir anayasa yapıldığını, Türkiye'nin insan hakları standardının Avrupa Birliği standartlarıyla aynı seviyeye getirilmiş olduğunu dolayısıyla bireylerin özgürlük alanlarının genişletildiğini ifade etmişlerdir. Bu aşırı iyimser değerlendirme daha ziyade siyasiler arasında ve medya da kabul görmüştür. Buna karşılık hukukçuların ve akademisyenlerin konuya yaklaşımları daha serinkanlıdır. Bu yaklaşım yanlılarından bazıları, yapılan değişikliklerin hukuk düzeninde herhangi bir yeniliğe yol açmadığını, bir kısmının gereksiz ya da faydasız olduğunu hatta kimi değişikliklerin ise zararlı olduğunu ifade etmişlerdir. Buna karşın, akademisyenler ve hukukçular arasındaki yaygın kanaat yapılan değişikliklerin bir kısmının mevcut hukuki durumu önemli ölçüde değiştirmedeği yönünde iken bir kısım değişikliklerin ortaya çıkardığı ciddi farklılıkların da gözden kaçırılmaması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>358</sup>.

2001 değişikliklerinin faydasız, gereksiz, zararlı hatta “bir abesle iştilal örneği” olduğunu ifade eden Gözler, söz konusu değişikliklerin başlıca özelliklerini şu şekilde sıralamaktadır<sup>359</sup>:

- 2001 değişikliklerinin bir kısmı kelime değişikliklerinden ibarettir.
- Diğer bir kısmı ise hukuki sonuç doğurmayan değişikliklerdir.

<sup>357</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 194.

<sup>358</sup> Gözler, a.g.e., 2001 b, s. 7.

<sup>359</sup> Kemal Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştilal Örneği”, *Anayasa Yargısı*, S.19, Antalya 2002, s. 326-354.

- Değişikliklerin bir kısmı kanunla, hatta yönetmelikle yapılabilecek düzeyde değişikliklerdir.
- Bir kısım değişiklikler gereksizdir.
- Bazı değişikliklerin değiştirdikleri maddeden hiçbir farkları yoktur.
- 2001 değişikliklerinin çoğunluğu, önemsiz, ufak tefek değişikliklerdir.
- Değişikliklerin bir kısmında teknik kusurlar vardır.
- Hatta, 2001 değişiklikleri içinde fevkalade zararlı sonuçlar doğuracak değişiklikler vardır.

Bu çalışmada 2001 Anayasa değişikliklerinin tamamı incelenmeyecektir. Konunun sınırlarının belirlenmesi açısından sadece temel haklar ve hürriyetlere ilişkin olarak yapılan anayasa değişiklikleri ve bu değişikliklerin temel hak ve hürriyetlere kazandırdığı yeni boyut üzerinde durulacaktır.

### 3.2.1. Anayasanın Başlangıç Kısımında Yapılan Değişiklik

Anayasaların başlangıç kısımları, Anayasanın dayandığı temel felsefeyi ortaya koyan ve çoğunlukla normatif değerden yoksun olan ve hiçbir hukuki sonuç doğurmayan, manevi değerde metinlerdir<sup>360</sup>.

Anayasanın 176/1'e göre, anayasa metnine dahil olan başlangıç kısmının beşinci paragrafında yer alan "Hiçbir düşünce ve mülahaza Türk milli menfaatlerinin... karşısında korunma göremez" ibaresinde yapılan değişiklikle, "düşünce ve mülahaza" sözcükleri kaldırılmış yerine "hiçbir faaliyet" ibaresi konulmuştur<sup>361</sup>.

Değişiklik teklifinin gerekçesinde, "hiçbir düşünce ve mülahaza" ifadesinin doğrudan doğruya düşünceye bir sınır olduğunun altı çizilmiş ve bu ifadenin "hiçbir eylemin" korunma göremeyeceği şeklinde bir değişikliğin yapılması gerektiği

<sup>360</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 328.

<sup>361</sup> Gözler, a.g.e., 2001 b, s. 7 ; Tülen, a.g.m., 2001, s. 196 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 34-35 ; Eroğul, a.g.m., 2001, s. 274 ; Osman Can, "Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, S. 19, Antalya 2002, s. 506.

belirtilmiştir. Ancak Anayasa Komisyonunda “hiçbir eylem” ifadesi, “hiçbir faaliyet” şeklinde değiştirilmiş ve son halini almıştır<sup>362</sup>.

Başlangıç kısmında yapılan değişiklik, Anayasanın 25. maddesindeki “düşünce ve kanaat hürriyeti” ile 26. maddesinde düzenlenen “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ile yakından ilgilidir. Söz konusu değişiklikte düşünce özgürlüğünün önündeki engeller kaldırılarak bu özgürlüğe genişlik kazandırılmak istenmiştir<sup>363</sup>. Düşünce özgürlüğünü anlamsız kılan ve onun sağladığı düşünceye sahip olma, sahip olduğu düşünceden dolayı kınanmama, suçlanmama, sahip olduğu düşüncesini açıklamaya zorlanmama gibi düşünce hürriyetine ilişkin garantilerin içini boşaltan ve insan onur ve haysiyetini zedeleyen, işkence ve kötü muameleye ilişkin düzenlemeleri görmezden gelme durumlarına son verilmiştir<sup>364</sup>. Böyle bir ihtiyacın ortaya çıkmasında özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, TCK m. 159, 312/2 ve Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesine ilişkin olarak Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararlar etkili olmuştur<sup>365</sup>.

Başlangıçta yapılan değişiklik, düşünce hürriyetinin sınırlarını ilk etapta genişletiyor gibi gözükse de aslında uygulamada bir farklılık meydana getirmemiştir<sup>366</sup>. Dolayısıyla düşünce suçlarının dayanağının kalmadığını söyleyebilmek mümkün değildir<sup>367</sup>. Bilindiği üzere her hürriyet gibi düşünceyi açıklama hürriyetinin de bazı nesnel sınırları vardır. Bu objektif sınırlar, anayasalarda ayrıca belirtilmemiş olsalar dahi geçerliliklerini sürdürürler. Bunların yanında Anayasada, genel esaslar kısmında veya her bir hürriyete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı maddelerde ilave sınırlamalar yapılabilir. Başlangıç kısmındaki değişiklik, hakların nesnel sınırlarıyla ya da kanunla sınırlandırılması konusunda ilgili değildir. Yapılan değişiklikte hak ve hürriyetlerin anayasal sınırları hakkında bir hüküm getirilmiştir. Böylelikle Anayasada yer alan tüm hak ve hürriyetler için anayasal bir sınırlama söz konusudur. Böylece bütün hak ve

<sup>362</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 197.

<sup>363</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 197.

<sup>364</sup> Can, a.g.m., 2002, s. 506.

<sup>365</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 35.

<sup>366</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 35.

<sup>367</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, “İnsan Hakları Standardının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03-10-2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 368-369.

hürriyetler için geçerli olan anayasal sınırlar demetinin ilk kısmı ortaya konulmuştur. Bu demetin ikinci kısmını ise Anayasanın 14. maddesindeki düzenleme oluşturmuştur<sup>368</sup>.

Genelde bütün hak ve hürriyetler, özelde düşünceyi açıklama hürriyeti için anayasal sınırlar getiren söz konusu değişiklik, düşünceyi açıklama hürriyetinin norm alanını eski düzenlemeye nazaran genişletmiş olduğu söylenemez<sup>369</sup>. Dolayısıyla, yeni Anayasa metni önceden var olan durumun yeni kelimelerle yeniden ifadesinden başka hiçbir şey değildir<sup>370</sup>. Anayasanın başlangıç bölümünün bütünüyle kaldırılması gerektiğini ifade eden Eroğul, “*Ne var ki, başlangıç öylesine kötü ki, bu küçük değişikliğin getirebileceği bir yarar yok gibi. Başlangıç bütünüyle kaldırılamıyorsa, hiç değilse bir iki sözcükle yetinilmeyip ilgili fıkra yürürlükten kaldırılmalıydı*” şeklinde eleştiride bulunmuştur<sup>371</sup>.

### 3.2.2. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

Toplum hayatında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kaçınılmaz bir gerçektir. Sınırsız, mutlak anlamda hak ve hürriyet hem toplum hem de devlet hayatı açısından tehlikelidir. Devletin ve toplumun varolabilmesi ve sürekliliğini devam ettirebilmesi için hürriyetlerin sınırlandırılması gereği vardır<sup>372</sup>.

1982 Anayasasınının 17-74. maddeleri arasında yer alan 58 maddede bir çok temel hak ve özgürlük düzenlenmiştir<sup>373</sup>. İnsan fiili ne kadar çeşitliyse o kadarda serbest hareket etme gücü yani özgürlüğü vardır. Akla gelebilecek belli başlı hak ve özgürlükler 1982 Anayasasında düzenlenmiştir. Aksi bir durum zaten mümkün değildir. Zira hürriyetler yukarıda bahsettiğimiz gibi sınırsız sayıdadır<sup>374</sup>. Anayasada yer alan belli başlı haklar da kullanılırken yukarıda değindiğimiz hassasiyetler doğrultusunda

<sup>368</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 198.

<sup>369</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 198.

<sup>370</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 35.

<sup>371</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 274.

<sup>372</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 223.

<sup>373</sup> H.Tahsin Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13.)”, *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 187.

<sup>374</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 214.

kullanılmalıdır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması 1982 Anayasasının 13. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasanın, “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlığı altında yer alan “Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir” ibaresi “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Eski metinde yer alan ikinci ve üçüncü fıkra kaldırılmıştır.

Bu maddede yapılan en önemli değişiklik, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu belirtilen “genel sınırlama sebepleri”ne son verilmiş olmasıdır<sup>375</sup>. Bu değişiklik 2001 Anayasa değişikliğinde göze çarpan en radikal reformdur<sup>376</sup>. Böylece her bir özgürlük artık kendi düzenlenmiş olduğu maddede yer alan “özel sınırlama sebepleri” ile sınırlandırılacaktır. Bu durum, Türk Anayasalarında 1971 yılında yapılan bir değişiklikle Anayasal sistemimize dahil edilen ve yasa koyucunun tüm özgürlükleri daha kolay sınırlandırmasına imkan sağlayan genel sınırlama anlayışının reddi anlamına gelmektedir<sup>377</sup>. “Genel sınırlama sebepleri”nin Anayasadan çıkartılması 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 olarak kabul görmüştür. Yeni haliyle 13. madde, 61 Anayasası’nın temel hak ve hürriyetler için getirdiği koruma sisteminin de ilerisine geçmiş durumdadır<sup>378</sup>. Eski metinde toplam dokuz adet olan “genel sınırlama

<sup>375</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 199.

<sup>376</sup> Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 289.

<sup>377</sup> Hakyemez, a.g.m., 2003, s. 369.

<sup>378</sup> Zühtü Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 218.

sebepleri” Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin bu genel ve soyut kavramlarla sınırlandırılmasına olanak vermekteydi<sup>379</sup>. Diğer bir ifadeyle, yasama organı bu genel sebeplerden herhangi birine dayanarak herhangi bir temel hak ve hürriyeti sınırlandırabilirdi<sup>380</sup>. Bu durum Anayasanın kendi içinde bir takım çelişkiler yaratmaktaydı. Şöyle ki, Anayasanın 24. ve 25. maddelerinde düzenlenen “din ve vicdan özgürlüğü” ile “düşünce ve kanaat özgürlüğü”ne ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde, “Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”, denilmesine ve aynı şekilde din ve vicdan hürriyetleri için de benzer kuralların kabul edilmesine ve madde gerekçelerinde de her iki hürriyet içinde geçerli olan “hiçbir sebeple ihlal” edilemeyeceği belirtilmesine, hatta bu özgürlüklerin olağanüstü hallerde dahi korunması esası açıkça kabul edilmesine rağmen, soyut nedenlerle sınırlandırılması ilgili kuralların düzenlenmesi açısından bir çelişkidir<sup>381</sup>.

Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin sınırlamaya ilişkin düzenlemesinde, sözleşmede güvence altına alınan hakların sınırlandırılmasına olanak veren genel (torba) bir sınırlama nedenine yer verilmemesi, sınırlandırılmasına cevaz verilen her bir hak ve hürriyet için ilgili maddesinde kendine özgü nitelikleri ve özellikleri göz önüne alınarak hangi sebeplerle sınırlamaya gidilebileceğinin tek tek gösterilmiş olması<sup>382</sup> ve AİHS sistemi ile uyumlu bir düzenleme yapılması isteği bu yönde değişikliğe gidilmesinde etkili olmuştur<sup>383</sup>. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi ile ilgili olarak De Becker (23.3.1962) kararında şunları ifade etmiştir; “Sözleşmeyi Hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilave etmekten ibarettir”<sup>384</sup>.

<sup>379</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 153-154.

<sup>380</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 349.

<sup>381</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 153-154.

<sup>382</sup> Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 246.

<sup>383</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 199.

<sup>384</sup> Sağlam, a.g.m., 2002, s. 246.

13. maddede yapılan değişikle, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, genel asayişin korunması gibi kıstaslar Anayasadan çıkartılarak, Anayasanın ilgili maddelerinde (m.20, 21., 22., 26., 31., 33. ve 34.) korunan her bir hakkın altında yer alan sınırlama sebeplerine ayrı ayrı yerleştirilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu sınırlama sebepleri her bir hak ve hürriyet için ancak gerekli görüldüğü hallerde bir sınırlama sebebi olarak varlığını devam ettirmektedir<sup>385</sup>. Yeni düzenlemeyle, temel hak ve hürriyetler, artık şu ya da bu genel nedenle değil, ancak kendileriyle ilgili anayasa maddesinde, yalnız kendileri için öngörölmüş nedenlerden biriyle sınırlanabilecektir<sup>386</sup>.

Genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasını olumlu bir gelişme olarak kabul edenlerin yanı sıra, kaldırılmış olmasını yanlış hatta sakıncalı bulanlar da vardır. Bu görüş sahiplerinden Gözler'e göre, genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması bazı hürriyetleri tamamen bazılarını da kısmen sınırsız hale getirmiştir. 13. maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucunda bazı hürriyetler sınırsız hale gelmiştir. Şöyleki, Anayasanın bir çok maddesinde özel sınırlama sebepleri gösterilmemiştir. Örneğin düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), hak arama hürriyeti (m.36), kanuni hakim güvencesi (m.37), ispat hakkı (m.39), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), vatandaşlık hakkı (m.74), kamu hizmetine girme hakkı (m.70), dilekçe hakkı (m.74) gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için ilgili maddelerde özel sınırlama sebebi belirtilmemiştir. Bu temel hak ve hürriyetler 13. maddenin eski şeklindeki genel sınırlama sebeplerinden birine dayanılarak sınırlandırılılabiliyordu. Genel sınırlandırma sebepleri artık Anayasadan çıkarıldığına göre, bu hak ve hürriyetlerin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasaya aykırı hale gelecektir. Yazar'ın vermiş olduğu somut örneklere göz attığımızda, Anayasanın 48. maddesine göre artık herkes istediği mesleği icra edebilecek, istediği sözleşmeyi yapabilecektir. Örneğin artık Türkiye'de isteyen uyuşturuocu madde üretimi ve ticareti yapabilecektir. Çünkü uyuşturuocu üretimi 48. maddenin koruduğu çalışma hürriyeti, uyuşturuocu ticareti de aynı maddenin koruduğu sözleşme hürriyeti kapsamında bir fiildir. 2001 değişikliklerine kadar bu fiilleri yasaklayan kanunlar Anayasaya uygundu; zira kamu düzeni, genel sağlık gibi genel sınırlama sebepleri çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlandırabiliyordu. 2001

<sup>385</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 199 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 36.

<sup>386</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 274.



değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri Anayasadan çıkarıldığına göre her ne suretle olursa olsun Anayasanın 48. maddesindeki çalışma ve sözleşme hürriyeti sınırlandırılmayacaktır. Yine, fuhuş amacıyla bir işletmenin açılmasını yasaklamak mümkün olmayacaktır. Çünkü Anayasada temel hak ve hürriyetleri sınırlandırma sebebi olarak genel ahlak yoktur. Yazar bu ve bunun gibi birkaç örnek daha vermektedir<sup>387</sup>.

Gözler, yapılan değişiklik neticesinde bazı hürriyetlerin kısmen sınırsız hale geldiğini ifade etmektedir. Buna göre, 1982 Anayasası'nda yer alan hak ve hürriyetlerin bir çoğunda "özel sınırlama sebepleri" öngörülmüştür. Ancak hiçbir maddede, 13. maddenin eski halinde düzenlenen genel sınırlama sebeplerinin hepsi sayılmamıştır. Dolayısıyla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler için hangi sınırlama sebepleri sayılmışsa, söz konusu temel hak ve hürriyet sadece ve sadece o sebeplerle sınırlandırılabilir. Örneğin, Anayasanın 23. maddesinde yer alan seyahat hürriyeti "suç işlenmesini önlemek" amacıyla sınırlandırılabilir. Ancak bu maddede sayılan özel sınırlama sebepleri arasında "genel sağlık" sebebi sayılmamıştır. Dolayısıyla bir şehirde, kasabada ya da köyde salgın bir hastalık baş gösterirse orada karantina ilan edilmesi, yani o bölgeye girilip çıkılması yasaklanamayacaktır. Yine, ibadet hürriyeti kapsamında yer alan kurban kesimine ilişkin verilen örnekte, bireylerin ibadet hürriyeti kapsamında kestikleri kurbanları, yaya kaldırımında hatta yolun ortasında kesmeleri halinde kolluk güçlerinin müdahalesi Anayasaya aykırı olacaktır. Çünkü ibadet hürriyetine ilişkin düzenlemede genel sağlık ve kamu düzeni gibi özel sınırlama sebepleri sayılmamıştır<sup>388</sup>.

Gözler'in tespitlerindeki kesinliğe katılmanın mümkün olmadığını ifade eden Sağlam'a göre, hukuk öğretisinin işlevi çözümsüzlüğün tasviri değil, çözümün üretilmesinde yol göstermek olacağını, Gözler'in verdiği örneklere ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede ifade etmiştir. Karantina örneğiyle ilgili değerlendirmesinde, 1961 Anayasası'nda seyahat özgürlüğünün sınırlanması nedeni olarak "salgın hastalıkların önlenmesi" ilgili maddede düzenlenmişken, 1982 Anayasası'nda ilgili maddede düzenlenmemiştir. Ancak 13. maddede düzenlenen "genel sağlığın korunması" genel

<sup>387</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 349-350 ; Gözler, a.g.e., 2001b, s. 9.

<sup>388</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 351-353 ; Gözler, a.g.e., 2001b, s. 9.

sınırlama sebebi olarak öngörülmüştür. Bunun “salgın hastalıkları önleme” amacını da kapsayacağı açıktır. Yapılan değişiklikle genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olması,

“...artık bir bölgenin salgın hastalık sebebiyle karantinaya alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu özgürlüklerle ilgili anayasa kuralları, salgın hastalık tehlikesi altında dahi seyahat ve yerleşme özgürlüklerine koruma sağlayacak bir nesnel içeriğe sahip değildir. Çünkü bu özgürlüklerin salgın hastalık tehlikesi altında kullanılması, seyahat ve yerleşme özgürlüğünün norm alanı ile özgül bir bağlantı içinde olmayan ve bu norm alanları ile sadece arızı ve tesadüfi bir bağlantı içinde kalan bir kullanım biçimidir”<sup>389</sup>.

Gözler’in kurban kesimi örneğiyle ilgili olarak, yolun ortasında kurban keserek trafiği aksatan bir kişiye polisın müdahalesinin anayasaya aykırı olmayacağını çünkü bu müdahalenin ibadet özgürlüğünün norm alanı ile tam anlamıyla arızı bir bağlantı özelliğini taşıyan ve bu niteliği ile de onun nesnel koruma alanı içerisinde yer almayacak bir biçimde kullanılmış olacağını ifade etmiştir. Konuya ilişkin olarak verdiği, yolun ortasında namaz kılmak, ya da sehpa kurup resim yapma fiillerinin de ilgili özgürlüklerin nesnel koruma alanı dışında kalan kullanım biçimleri olduğunu ifade etmiştir<sup>390</sup>.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede yer alan diğer düzenlemeler, aşağıda “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

### 3.2.2.1. Temel Hak ve Hürriyetlerinin Sınırlandırılmasının Sınırı

1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını 13. maddede düzenlemiştir. 2001 Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve hürriyetlerin tamamı için geçerli olan “genel sınırlama sebepleri” kaldırılmış yerine “özel sınırlama sebepleri” konulmuştur. Bunun yanı sıra, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı olarak başka şartlarda ihdas edilmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi;

<sup>389</sup> Sağlam, a.g.m., 2002, s. 294.

<sup>390</sup> Sağlam, a.g.m., 2002, s. 294-295.

kanunla yapılmalıdır, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmadan yapılmalı, Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen özel sebeplere bağlı olarak yapılmalı, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılmalı, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak yapılmalı, Laik cumhuriyetin gereklerine uygun olarak yapılmalı ve ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken dikkat edilmesi gereken hususları şimdi daha yakından inceleyelim.

### 3.2.2.1.1. Sınırlama Kanunla Yapılmalı

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddede, “Temel hak ve hürriyetler,...ancak kanunla sınırlanabilir” ifadesi yer almaktadır. Anayasal ifadenin zıt anlamından temel hak ve hürriyetlerin kanun dışında, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya idare tarafından yapılan diğer düzenleyici işlemler ile sınırlandırılmayacağı anlamına gelmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması demokratik hukuk devletinin bir özelliğidir. Demokratik bir devlette iktidar kaynağını halktan almaktadır. Parlamentolarda halkın her yönüyle temsil edildikleri mekanlardır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, bir zorunluluk olduğuna göre, bunu yapabilecek organda temsil ilişkisinin en iyi şekilde yansıdığı parlamentolar olacaktır. Temel hak ve hürriyetlerin yasama organı tarafından kanunla sınırlandırılmasının başlıca iki yararı vardır. Birincisi, kanun yasama organında açık görüşme ve tartışma usulü ile hazırlanmaktadır. Yani temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması işi kamu oyunun gözü önünde ve denetiminde yapılmaktadır. İkincisi, kanun niteliği gereği herkes için geçerli olmak üzere genel ve soyut kurallar koyar. Bu şekilde temel hak ve hürriyetler için getirilecek sınırlamalarda objektiflik sağlanmış olacak ve belli kişilerin hedef tutulması ihtimali önlenmiş olacaktır<sup>391</sup>. Anayasa Mahkemesinin 6 Eylül 1986 tarih ve E.1985/21, K.1986/23 sayılı kararında, Serbest Bölgeler Kanununa ilişkin olarak verdiği bir kararında, sınırlamanın kanunla yapılabileceğine dikkat çekmektedir<sup>392</sup>.

<sup>391</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 225-227 ; Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 193-194.

<sup>392</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 225-227 ; Nihat Bulut, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet Açısından Değerlendirilmesi”, AÜEHFD, Cilt: V, Sayı 1-4, 2001, s. 42-43.

### 3.2.2.1.2. Sınırlama Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olmalı

Anayasanın 13. maddesinin ilk fıkrasına göre, “temel hak ve hürriyetler ...Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlanabilir”. 1961 Anayasası’ndan alınan bu kavramdan<sup>393</sup> hareketle, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabilmesi anayasanın hem sözüne , hem de ruhuna uygun olmalıdır<sup>394</sup>.

Anayasanın “sözü”nden kastedilen Anayasanın metnidir. Temel hak ve hürriyetler için öngörülen sınırlama sebepleri Anayasanın metnine uygun olmalıdır. Anayasanın metnine uygun olmak şartı, Anayasanın temel hak ve hürriyetler için “ek güvenceler” veya “özellik güvenceler” öngörmüş olması halinde önem kazanmaktadır<sup>395</sup>. Söz konusu güvenceler, temel hak ve hürriyetler için özel ve yoğun bir koruma sağlamaktadır. Kanun koyucu, ek güvencelerle koruma altına alınan hak ve hürriyetlerin koruma sınırlarını aşarak o alanda istediği şekilde sınırlama yapamayacaktır. Ek güvenceler, kanun koyucunun temel hak ve hürriyetleri sınırlandırırken dokunamayacakları çok özel alanlardır<sup>396</sup>.

1982 Anayasası bir takım hak ve hürriyetleri tanımakla yetinmemiş, aynı zamanda yasama organına bu hak ve hürriyetleri sınırlandırırken yapamayacağı hususları da ayrıca belirtmiştir. Örneğin, Anayasanın düşünce kanaat hürriyetini düzenleyen 25. maddesine göre “her ne sebeple olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz”, basın hürriyetini düzenleyen 28. maddesindeki ifadeyle “basın hürdür sansür edilemez”, dernek kurma hürriyetinin düzenlendiği 33. maddede “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir”, din ve vicdan hürriyetinin yer aldığı 24 .maddede ise “kimse, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” şeklinde bazı temel hak ve hürriyetler için bir koruma çemberi oluşturmuştur. Yasama

<sup>393</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 158.

<sup>394</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 233.

<sup>395</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 103-104 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 233.

<sup>396</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 233 ; Bulut, a.g.m., 2001, s. 45-46.

organı, bu ve benzeri koruma tedbirlerine aykırı olarak bir kanuni düzenleme yapacak olursa, Anayasanın “sözüne” aykırı davranmış olacaktır<sup>397</sup>.

Anayasanın 13. maddesi, kanun koyucuyu, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırırken sadece “Anayasanın sözü” ile sınırlamamış bunun yanında, yapılan sınırlandırmanın “Anayasanın ruhu” ile de uygun olması şartını koşmuştur<sup>398</sup>. Özbudun, “Anayasanın ruhu” kavramından “anayasanın bütünü ve ondan çıkan temel anlamın” anlaşılması gerektiğini<sup>399</sup> ifade ederken, Sabuncu ise aynı kavrama “sınırlama yapılırken Anayasanın bütünü göz önünde tutulması” gerekir biçiminde bir anlam yüklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu konuda Gözler farklı bir yaklaşım sergileyerek “anayasanın ruhu kavramı”nı hukuk dışı bir kavram olarak nitelendirerek şunları ilave etmiştir. Anayasanın başka bir maddesinde kendi ruhundan ne anlaşılması gerektiğini ifade etmedikçe Anayasanın 13. maddesinde geçen “anayasanın ruhuna” uygunluk şartına herhangi bir anlam verilemeyecektir<sup>400</sup>.

Anayasa Mahkemesi, “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk” ölçütünü kimi kararlarında kullanmıştır. Mahkeme mülkiyet hakkını konu alan bir kararında “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk” ölçütü ile “öze dokunmama” ölçütü arasındaki bağlantıya vurgu yaparak, yapılan sınırlandırmanın Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olduğunu ve mülkiyet hakkının özüne dokunduğunu belirtmiştir<sup>401</sup>.

### **3.2.2.1.3. Sınırlama Anayasanın İlgili Maddesinde Belirtilen Özel Sebeplere Dayanmalı**

Anayasanın 2001 değişiklikleri öncesinde temel hak ve hürriyetler için kabul ettiği genel sınırlama sebepleri kaldırılmış, artık eski genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetler için düzenledikleri ilgili Anayasa maddesinde özel sınırlama sebepleri olmuştur. Bunlar; “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “milli

<sup>397</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 233 ; Özbudun, a.g.e., 2000, s. 104.

<sup>398</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 234.

<sup>399</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 104.

<sup>400</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 234.

<sup>401</sup> AYM'nin 22.9.1993 günlü, E.1993/3, K. 1993/31 sayılı kararı, RG. 16.4.1994, (Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 158 Dpn. 18).

güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “genel ahlak”, “genel sağlık”, “Cumhuriyetin temel nitelikleri”, “suçun işlenmesinin önlenmesi” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”dır. 9 adet olarak sayılan genel sınırlama sebeplerinin büyük bir bölümü temel hak ve hürriyetlerle ilgili maddelere serpiştirilmiştir. Sonuçta sınırlamanın düzenlenme biçimi değişmiştir<sup>402</sup>.

### 3.2.2.1.3.1. Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğünün Korunması

2001 değişiklikleri ile beraber Anayasada yer alan bazı hak ve hürriyetler için kendi maddelerinde sayılan sınırlama sebepleri arasında “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması” yer almaktadır. Ülke devletin üç unsurundan biridir. Devletin olmazsa olmaz öğeleri arasında yer almaktadır. Diğer devletlerle olan egemenlik alanının sınırlarının saptanması açısından önemli bir role sahiptir<sup>403</sup>. Ülke, bir insan topluluğunun üzerinde yerleşmiş olduğu üç boyutlu maddi çevredir. Ülke sınırları içerisinde yer alan bir kara parçasının bir başka devletin egemenliği altına girmesinin engellenmesi amacıyla temel hak ve hürriyetler sınırlanabilir<sup>404</sup>.

Millet kavramı ise birbirlerine bir takım bağlarla bağlanmış insanlardan oluşmuş bir topluluk şeklinde tanımlanabilir. Bu bağların niteliğine göre iki değişik millet anlayışı vardır. Biri insanları elle tutulur gözle görülür somut bağlarla bağlayan objektif millet anlayışıdır. Bu somut bağlar, ırk birliği, din birliği ve dil birliği olarak sayılabilir. İkincisi, insanlar arasında bir takım nesnel olmayan unsurlarla bağ kurulması durumunda söz konusu olan subjektif milliyetçilik anlayışıdır. Mazi, hatıra, amaç, ideal, istikbal, ülkü birliği gibi hususlar subjektif unsurlar arasında yer almaktadır<sup>405</sup>. Milleti birbirine bağlayan bu bağların ortadan kaldırılması milletin yok olmasına veya bölünmesine sebebiyet verecektir. Milleti birbirine bağlayan bu unsurların yok edilmesi

<sup>402</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 155.

<sup>403</sup> Doehring, a.g.e., 2001, s. 33.

<sup>404</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 229.

<sup>405</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 124-127.

dolayısıyla milletin bölünmesini önlemek amacıyla temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir<sup>406</sup>.

### 3.2.2.1.3.2. Milli Güvenliğin Korunması

Anayasada yer alan bazı hak ve hürriyetler için öngörülen sınırlama sebepleri arasında “milli güvenliğin korunması” da yer almaktadır. Örnek olarak, Anayasanın 21. maddesinde düzenlenen “konut dokunulmazlığı”, 22. maddesinde düzenlenen “haberleşme hürriyeti” ve 26. maddede düzenlenen “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” gibi hürriyetler gösterilebilir.

Milli güvenlik kavramından ülkenin iç ve dış güvenliği anlaşılır. Dış güvenlik, yabancı devletlerin saldırıları veya saldırı ihtimallerine karşı korunma, bunlara karşı koyma ve uzak bulunmayı ifade eder. İç güvenlik ise, devletin iç barışı sağlamasını, iç barışı tehdit eden unsurlar varsa bunları ortadan kaldırmayı ve bunlarla mücadeleyi öngörmektedir. Ülkenin güvenliğini tehlikeye düşürecek iç ve dış tehditleri bertaraf etmek için temel hak ve hürriyetlere bazı sınırlamalar getirilebilmektedir. Örneğin, temel hak ve hürriyetler yabancı bir devletin saldırısına karşı koymak veya içte yaşanan bir ayaklanmayı önlemek amacıyla sınırlandırılabilir<sup>407</sup>.

### 3.2.2.1.3.3. Kamu Düzeninin Korunması

Kamu düzeninin korunabilmesi amacıyla bazı temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir. Kamu düzeni, “kamu huzuru”, “kamu güvenliği” ve “kamu sağlığı” (genel sağlık) kavramlarıyla tanımlanmaktadır. Kamu düzenini tanımlayan kavramlardan kamu güvenliği ve kamu sağlığı kavramları temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında özel sınırlama sebepleri olarak ayrıca sayılmıştır. Bu sebeple burada bu kavramlara değinmeyeceğiz, söz konusu kavramlar özel sınırlama sebepleri arasında ayrıca incelenecektir. Buna bağlı olarak kamu düzeni kavramından kamu huzuru olgusunun anlaşılması gerekir. Doktrinde kamu huzuru, yaşamın normal seyrini

<sup>406</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 229.

<sup>407</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 230.

olumsuz yönde etkileyecek her türlü karışıklık ve dengesizlik şeklinde tanımlanmaktadır. Toplumun normal hayat akışını bozan bu dengesizlik ve karışıklıkları ortadan kaldırmak amacıyla temel hak ve hürriyetler sınırlandırılacaktır<sup>408</sup>.

#### 3.2.2.1.3.4. Genel Sağlıkın Korunması

Bazı temel hak ve hürriyetlerin Anayasanın ilgili maddesinde “genel sağlık” sebebiyle sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. “Özel hayatın gizliliği”, “konut dokunulmazlığı”, “haberleşme hürriyeti”, “dernek kurma hürriyeti” gibi haklar “genel sağlık” sebebiyle sınırlandırılacak haklar arasında yer almaktadır.

“Genel sağlık”; toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklara karşı korunmasını, sağlıklı nesillerin yetiştirilmesini, toplumun sağlıklı koşullar içerisinde yaşamasını ifade etmektedir. Yasa koyucu, “genel sağlık” sebebiyle Anayasanın ilgili maddesine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırabilir<sup>409</sup>.

#### 3.2.2.1.3.5. Genel Ahlakın Korunması

“Genel ahlak” kavramı, tanımlanması oldukça güç bir kavramdır<sup>410</sup>. Anayasa Mahkemesinin bir kararında, “belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır” şeklinde tanımlanmıştır<sup>411</sup>.

“Genel ahlak”, bir toplumun manevi yönünü ortaya koyan bir kavramdır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında özel sınırlama nedeni olarak “genel ahlak”ın Anayasada yer alması, toplumun oluşmasında ve sağlıklı işleminde maddi değerler kadar pay sahibi olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, ahlak, toplumdan topluma

<sup>408</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 230.

<sup>409</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 231.

<sup>410</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 231.

<sup>411</sup> Nihat Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, AÜEHFD, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000, s. 32 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 231.



değişen bir olgudur, hatta aynı toplumda dahi farklı ahlak anlayışları sergilenebilmektedir<sup>412</sup>.

Salt ahlak kurallarına dayanılarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması söz konusu olduğunda, ahlakın somut olarak ortaya konulamaması insan hak ve hürriyetleri açısından tehlikeli bir durum ortaya çıkarır. Aynı zamanda devletin ahlak kuralları diye bir ahlaki sistemi de topluma empoze etmesi hem demokrasi hem de insan onuruyla bağdaşmaz. Ahlak, temelde bireylerin iç dünyalarına ilişkin bir olgudur. Oysa devlet, bireylerin dışa yansıyan davranış kalıplarıyla ilgilenmektedir. Eğer devlet, insanın iç dünyası ile ilgilenir ve uyması gereken davranış kalıplarını dayatmayla bireyin karşısına koyarsa, böyle bir davranış insan haklarını kullanılamaz hale sokacaktır. O halde, devletin müdahale yetkisi, toplumun ortak manevi değerlerinin ortaya koyduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmalıdır. Bu durumda, ahlak kuralları devletin müdahale alanına girmeyecek, ancak kamu düzeninin bozulmasına neden olan davranışların önlenmesi yoluna gidilecektir<sup>413</sup>.

### 3.2.2.1.3.6. Yeni Sınırlama Nedenleri

2001 Anayasa değişiklikleri ile daha önce 13. maddede sayılan genel sınırlama sebepleri arasında yer almayan yeni sınırlama sebepleri ilgili maddelere konmuştur. Bunlar; “kamu güvenliği”, “Cumhuriyetin temel nitelikleri”, “suç işlenmesinin önlenmesi” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. ve 11. maddelerinden esinlenerek Anayasaya konulan bu yeni sınırlama sebeplerinden, “suç işlenmesinin önlenmesi” kavramının Anayasanın eski 13. maddesinde sayılan “genel asayiş” kavramının yerine kullanılmış, “kamu güvenliği” teriminin ise, “genel asayiş” ve “kamu düzeni” kavramları kapsamı içinde kullanılmıştır. “Cumhuriyetin korunması” yerine “Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” ifadesinin konulması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında daha somut ve sınırlama alanını daraltıcı bir sonuç doğurması bakımından önemlidir. 1982 Anayasasının ilk defa tanıdığı bir sınırlama nedeni, “başkalarının hak ve

<sup>412</sup> Bulut, a.g.m., 2000, s. 34.

<sup>413</sup> Bulut, a.g.m., 2000, s. 34.

özgürlüklerinin korunması” şeklindeki sınırlamadır<sup>414</sup>. Bireyin, Anayasanın 20, 21, 22, 33, 34 ve 51. maddelerinde düzenlenen hakları kullanırken başkalarının hak ve hürriyetlerini ihlal etmesi durumunda söz konusu haklar yasa koyucu tarafından sınırlandırılabilir.

#### **3.2.2.1.4. Sınırlama Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmamalı**

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın kabul ettiği “hakkın özü” kriterine yer vermemiş onun yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterini kullanmıştır. Anayasanın gerekçesinde, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların demokratik rejim anlayışına aykırı olmaması gerektiği ifade edilirken, bu kriterin tercih edilmesinin sebepleri olarak da, 1961 Anayasasının benimsediği öze dokunmama kıstasına göre daha belirgin olması, uygulanmasının daha kolay olması ve uluslararası sözleşme ve bildirimlerin de bu kıstası kabul etmesi sebeplerine dayalı olması gösterilmiştir<sup>415</sup>. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstasının kabul edilme gerekçelerine yakından bakıldığında şunlar söylenebilir: “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstasının tanımı denildiği kadar belirgin değildir ancak, ülkemizdeki uygulamalar açısından bakıldığında “öz” kavramına nazaran “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının daha somut olduğu görülecektir. Fendoğlu, aslında her iki kavramın soyut olduğunu ve bunları, uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin somutlaştıracağını ifade etmektedir<sup>416</sup>. Gölcüklü ise, demokratik toplum gereğinin ne olduğunu bilmenin, özü tayin etmekten daha kolay olacağını ifade etmiştir<sup>417</sup>.

“Demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne ilişkin cevaplanması gereken bir soru daha vardır. O da, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında hangi demokratik toplum gereklerinin esas alınacağıdır: 1982 Anayasası'nın benimsediği demokratik toplum düzeni anlayışı mı, çağdaş hürriyetçi demokrasilerin benimsediği genel ve

<sup>414</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 156.

<sup>415</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 106 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 235 ; Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 195 ; Arslan, a.g.m., 2002, s. 223.

<sup>416</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 195.

<sup>417</sup> Arslan, a.g.m., 2002, s. 223.

evrensel niteliklere haiz demokrasi düzeninin gerekleri mi?<sup>418</sup>. Başka bir ifadeyle sınırlamalar, “milli demokrasi”nin mi yoksa batılı anlamda “standart demokrasi”nin mi gereklerine uygun olacaktır? Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili verdiği bir kararında<sup>419</sup> Anayasada belirtilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzenini kastederek kafaları karıştırmıştır<sup>420</sup>. Ancak bu konuda hakim olan görüş, çağdaş hürriyetçi demokrasilerin benimsediği esasların uygulanması yönündedir<sup>421</sup>. Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen karardan 50 gün sonra Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu hakkında verdiği bir kararında<sup>422</sup> demokratik toplum düzeni anlayışı konusunda klasik demokrasi anlayışını benimsemiş böylece kafalardaki karışıklık da ortadan kalkmıştır<sup>423</sup>. Mahkeme bu kararında, ayrıca, demokratik toplum düzeni kavramı ile temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmama kavramlarının birbiriyle bağlantılı olduğunu belirtmiştir<sup>424</sup>.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılacak demokratik toplum düzeninin gerekleri nelerdir? Hangi kriterler esas alınarak sınırlamalar yapılacaktır? Bu sorunun cevabı demokrasinin anlamlarından yola çıkılarak bulunacaktır. Demokrasi “normatif” ve “ampirik” demokrasi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Normatif anlamda demokrasi; ideal demokrasiyi, yani “halkın halk için, halk tarafından yönetilmesini ifade ederken; ampirik demokrasi uygulamadaki demokrasiyi ifade etmektedir. Bir devletin demokratik olarak nitelendirilmesi şu altı şartın gerçekleştirilmesine bağlıdır; ülkede etkin siyasal makamlar seçimle iş başına gelmelidir, seçimler düzenli aralıklarla yapılmalıdır, seçimlere birden fazla siyasi parti katılabilmelidir, seçimlerde genel, eşit

<sup>418</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 106.

<sup>419</sup> E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 6.10.1986 tarihli bu kararında Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninden ne anladığını “...Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur” şeklinde ifade etmiştir. (Arslan, a.g.m., 2002, s. 224, Dpn. 32 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 239).

<sup>420</sup> Arslan, a.g.m., 2002, s. 224.

<sup>421</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 106 ; Arslan, a.g.m., 2002, s. 224-225 ; Gözler, a.g.e., 2000, s. 237-238.

<sup>422</sup> 26 Kasım 1986 Tarih ve E. 19858, K. 1986/27 Sayılı Karar. Bu kararla mahkeme şu tespitte bulunmuştur: “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılmaz”( Arslan, a.g.m., 2002, s. 225 ; Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 159 ).

<sup>423</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 239.

<sup>424</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 159.

ve gizli oy ile açık sayım ilkeleri uygulanmalıdır, muhalefetin iktidar olabilme imkanı olmalıdır ve temel hak ve hürriyetler garanti altına alınmalıdır. Bu altı şartı yerine getiren ülkeler demokratik ülkeler olarak kabul edilmektedir. Ampirik demokrasinin gerekleri aynı zamanda “demokratik toplum düzeninin gerekleri” olarak kabul edilebilir<sup>425</sup>.

“Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstası, AİHS’nin 9/2, 10/2 ve 11/2. maddelerinde ve Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesinde kullanılmakta olan bir sınırlama sebebidir. AİHS kapsamında “demokratik toplum düzeninin gerekleri”nin özellikle Handyside Kararı ve bunun gibi bir çok kararda, çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olduğu ifade edilmiştir<sup>426</sup>.

### 3.2.2.1.5. Sınırlamanın Temel Hak ve Hürriyetlerin Özlerine Dokunmaması

“Hakkın özü” kavramı, 1961 Anayasası’na Alman Anayasasınının 19. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır<sup>427</sup>. “Hakkın özü” kavramına ilişkin olarak iki teori vardır. Biri öze dokunma yasağını somut bir olaydan bağımsız olarak yorumlayan “mutlak öz” teorisidir. Bu teoriye göre öz; temel hak ve hürriyetin çekirdeğini, esaslı cevherini ve asgari içeriğini oluşturmaktadır. Diğer teori ise, öz kavramını her somut olay için ayrı ayrı ele alan ve birey-devlet dengesini gözetten “nisbi öz” teorisidir. Anayasa Mahkemesi bu teorilerden ilkinin benimsenmiştir. 1982 Anayasası’nın da benimsenmiş olduğu teoriye göre “hakkın özü” kriteri, her bir hak ve hürriyet için ayrı ayrı tanımlanmalı ve her olayın somut şartları içerisinde ayrı olarak araştırılmalıdır. Hakkın özü, hakkın vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak asli çekirdeğidir. Kuzu’nun ifadesiyle öze dokunma, tırnak keserken ete dokunma gibi bir durumdur<sup>428</sup>.

“Hakkın özü” kriteri, Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının tanımlanmasında Anayasa Mahkemesi’ne

<sup>425</sup> Gözler, a.g.e., 2000, s. 241.

<sup>426</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 197.

<sup>427</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 197 ; Arslan, a.g.m., 2002, s. 220.

<sup>428</sup> Burhan Kuzu, 1982 Anayasasınının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 228’den aktaran: Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 198.

yardımcı olurken, bazı kararlarında ise; “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı “hakkın özü” kavramıyla birlikte kullanılmıştır<sup>429</sup>. Anayasa Mahkemesi kararlarında, “hakkın özü” kriterini; “Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun olarak kullanılmasını son derece zorlaştıran, onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutan sınırlamalar hakkın özüne dokunmuş demektir” şeklinde ifade etmektedir. Mahkemeye göre, sınırlama yapılırken, temel hak ve hürriyetler yok edilmemeli, hakların kullanımı güçleştirilmemeli, temel hak ve hürriyetin kullanımından ulaşılabilecek amaca engel olunulmamalıdır. Buna göre hakkın özü, her temel hak ve hürriyetler için kişiye, dokunulmaz, asgari bir alan güvencesi vermekte, daha fazla sınırlama yapılmasını imkansız kılmaktadır<sup>430</sup>.

### 3.2.2.1.6. Sınırlama Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmamalı

Anayasanın 13. maddesinin değişiklikten önceki metninde genel sınırlama sebebi olarak “Cumhuriyetin korunması” ilkesi mevcuttu. Değişiklikten sonra bu sınırlama sebebi kaldırılmış yerine “laik Cumhuriyetin gerekleri” kavramı ilk kez Anayasaya girmiştir. Ancak bu sınırlama sebebi Anayasada tanımlanmış değildir. Aliefendioğlu, “laik Cumhuriyetin gerekleri” kavramının Anayasada tanımlanmamış olmasına rağmen yine Anayasada bu konu ile ilgili kimi kuralların olduğunu ifade etmekte ve bu nedenle “laik Cumhuriyeti” Anayasada korunan biçimiyle algılamak gerektiğini ifade etmektedir. Aliefendioğlu’na göre söz konusu hükümler;

- Kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmamasına işaret eden Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan ifade,
- Herkesin, vicdan, dinsel inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olması,
- Anayasanın 14. maddesi hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olması,
- Kimsenin, ibadete, dini ayin ve törenler katılmaya, dinsel inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması,

<sup>429</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 198-199.

<sup>430</sup> Arslan, a.g.m., 2002, s. 221.

- Din ve ahlak eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması,
- Kimsenin, devletin sosyal, ekonomik, siyasal veya hukuksal temel düzenini din kurallarına dayandıramaması, dini veya din duygularının yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edememesidir<sup>431</sup>.

Yukarıda ifade edilen görüşün yanı sıra, “laik Cumhuriyetin gerekleri”nin temel hak ve hürriyetler açısından bir güvence oluşturmadığını ifade edenler de bulunmaktadır. Fendoğlu, bu görüşten hareketle, Anayasada “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütti varken, yine Anayasanın başlangıç, 2, 6, 10, 14, 24, 68, ve 69. maddeleri varken “laik Cumhuriyetin gerekleri” yönünde bir değişikliğe gerek olmadığını belirtmektedir. Ayrıca “laik Cumhuriyetin gerekleri”ne dayanarak kişi hakları lehine davranıldığına dair bir mahkeme kararının da bulunmadığını belirtmektedir<sup>432</sup>.

Arslan, “laik Cumhuriyetin gerekleri” kriterinin ne 1961 Anayasası’nda ne de AİHS’de yer almadığına dikkat çekmekte ve Laikliğin daha ziyade demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. “laik Cumhuriyetin gerekleri”nin 13. maddeye alınması, Anayasa koyucunun “laiklik” ilkesine verdiği önemi göstermektedir. Arslan, ayrıca, Anayasa Mahkemesinin laiklik ilkesini ayrıcalıklı olarak nitelendirdiğini ve kararlarında “laik Cumhuriyetin gerekleri” kriterinin kullanmasını demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve hürriyetlerinde bu ilke temel alınarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir<sup>433</sup>.

### 3.2.2.1.7. Sınırlamanın Ölçülülük İlkesine Aykırı Olmamalı

2001 Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemine “ölçülülük ilkesine uyma” şartı da eklenmiş oldu<sup>434</sup>. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması söz konusu olduğunda, başvuru aracın, sınırlandırmayla ulaşılabilecek amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlandırmada

<sup>431</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 159-160.

<sup>432</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 200-201.

<sup>433</sup> Arslan, a.g.m., 2002, s. 229.

<sup>434</sup> Gözler, a.g.e., 2003, 224.

kullanılacak aracın aynı zamanda amaç için gerekli olması ve sınırlandırmadaki amaç ile araç arasında ölçülü bir oranın bulunmasını ifade etmektedir<sup>435</sup>.

Değişiklikten önceki metinde yer almayan “ölçülülük ilkesi”, madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi temel hak ve hürriyetler için getirilecek sınırlama ile sınırlandırmadan elde edilecek amaç arasında denge kurulması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Aynı zamanda sınırlama, amacın zorunlu ve gerekli kıldığından fazla olmamalıdır<sup>436</sup>. Bu ölçütün ana amacı, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerin gereğinden çok sınırlandırılmasını önlemektir. Bu da, “ölçülülük ilkesi”nin “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” unsurları ile gerçekleştirilebilecektir<sup>437</sup>.

“Elverişlilik ilkesi”, sınırlamada başvuru aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder. “Gereklilik ilkesi”, sınırlama amacını gerçekleştirmek için en yumuşak aracın kullanılmasını, yani temel hak ve hürriyeti sınırlayan en yumuşak aracın özenle seçilmesini gerekli kılar. “Orantılılık ilkesi”, sınırlandırılmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru araç arasında bir oran bulunmasıdır<sup>438</sup>.

AİHM, “ölçülülük ilkesi”ne ilişkin olarak, Sözleşmeye taraf devletin, AİHS’deki bir hak ve özgürlüğe müdahalede bulunmasına karar verebilmesi için amaç-aracılık orantısını aramaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasından elde edilecek amaç, daha az sınırlayıcı alternatif bir yöntemle gerçekleştirilebiliyorsa söz konusu hak ve hürriyet sınırlandırılabilir. Aksi durumda müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHS ihlal edilmiş olur. AİHM İngiltere aleyhine verdiği Campbell kararında, idarenin ölçülü davranmadığını, her türlü yazışmanın denetime tabi olması kuralının elde edilmek istenen amaçla orantılı olması gerektiğini belirtmiştir<sup>439</sup>.

<sup>435</sup> Özbudun, a.g.e., 2002, s. 104 ; Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2002, s. 21.

<sup>436</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 160-161.

<sup>437</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 198.

<sup>438</sup> Gözler, a.g.e., 2003, 224.

<sup>439</sup> Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 199.

### 3.2.3. Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılması

4709 sayılı kanunla Anayasanın 14. maddesinde yapılan ilk değişiklikle, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak “amacıyla kullanılmayacağı” hükmü yerine, bu hak ve hürriyetleri yıkmayı “amaçlayan faaliyetler” olarak kullanılmayacağı hükmü getirilmiştir<sup>440</sup>. Söz konusu değişiklikle, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hangi tür amaçlar için kullanılmayacağına ilişkin dolambaçlı ve uzun eski düzenleme daha derli toplu ve kısa şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin “insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler” biçiminde kullanılması hakların kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir<sup>441</sup>. Bu hüküm doğrultusunda, hak ve hürriyetlerin herhangi bir hak ve hürriyeti yıkmak amacıyla kullanıldığı sonucuna varabilmek için her halükarda bu amacın dış dünyaya yansımış, sözlü ya da yazılı bir faaliyet veya bir eylem olması gerekir<sup>442</sup>.

14. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, kişilerin yanı sıra devletin de Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini ve temel hak ve hürriyetler için Anayasada gösterilen sınırlamalardan daha geniş sınırlamalar getirmesini amaç edinen bir faaliyette bulunamayacağı hükmü getirilmiştir. Değişiklikle, AİHS'nin 17. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemede, “bu sözleşme hükümlerinden hiç biri bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamaz” hükmü yer almaktadır<sup>443</sup>.

### 3.2.4. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

Kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin AİHS'nin 5. maddesi, göz altına alma ve tutuklama sürelerini, kişi özgürlüğünün keyfi bir şekilde ihlal edilmesini önlemek amacıyla, bazı şartlara bağlamıştır<sup>444</sup>.

<sup>440</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 38 ; Hakyemez, a.g.m., 2003, s. 372.

<sup>441</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 201.

<sup>442</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 38.

<sup>443</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 202 ; Fendoğlu, a.g.m., 2002, s. 208.

<sup>444</sup> Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s.208-216 ; Gökçe, a.g.m., 2002, s. 545.



AİHS,'nin 5. maddesi, yakalanarak özgürlüğü kısıtlanan bir kişinin hemen hakim önüne çıkartılmasını öngörmektedir. “Hemen” kavramından AİHM maksimum bir süre öngörmemesine rağmen<sup>445</sup>, Avrupa İnsan Hakları Divanı, azami gözaltı süresi olarak 4 günlük bir süre öngörmektedir<sup>446</sup>. Anayasanın 19. maddesinde yapılan değişiklikle, toplu olarak işlenen suçlar bakımından 15 gün içinde hakim önüne çıkartılmayı öngören eski hüküm kaldırılmış yerine 4 günlük süre getirilmiştir. Bireysel suçlar bakımından 48 saatlik göz altı süresinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir<sup>447</sup>. 15 günlük sürenin 4 güne indirilmesi, aynı zamanda göz altı süresi içerisinde meydana gelebilecek işkence ve kötü muamele gibi insan onur ve haysiyetini kırarak olumsuzlukları da önlemiş olacaktır<sup>448</sup>. Buna karşın Gözler, yeni getirilen hükümle, terör suçları bakımından, 4 gün gibi kısa bir süre içerisinde yüzlerce kişinin göz altına alınmasının ve sorgulanmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir<sup>449</sup>.

Olağan dönemler için geçerli olan 48 saat ve 4 günlük süreler, savaş, sıkı yönetim ve olağanüstü hal durumlarında uzatılabileceğine ilişkin hükmün hala yürürlükte olması, 1982 Anayasası için bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>450</sup>.

19. maddenin değişiklikten önceki 6. fıkrası, “Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir” şeklinde düzenlenmişti. Yeni düzenleme, “Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir” hükmünü getirmiştir. Bu düzenlemeyle, hiçbir istisnaya yer vermeksizin hangi şart ve durumda olursa olsun yakalanan veya tutuklanan kişiler derhal yakınlarına bildirilecektir<sup>451</sup>. Gökçe bu yeni düzenlemeyle, göz altında kaybolma

<sup>445</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 39.

<sup>446</sup> Gökçe, a.g.m., 2002, s. 545.

<sup>447</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 203.

<sup>448</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s.275-276.

<sup>449</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 347.

<sup>450</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 203.

<sup>451</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 203.

ve buna bağılı olarak AİHM’nde hak arama işine son verileceğini ifade ederek, düzenlemeyi olumlu bir gelişme olarak kabul etmektedir<sup>452</sup>.

19. maddenin son fıkrasındaki yeni düzenlemeyle, kişilerin özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edilmesi halinde uğradıkları zararın devlet tarafından “tazminat hukukunun genel prensiplerine göre” ödeneceği esas getirilmiştir. Maddenin eski hali uğranılan zararın “kanuna göre” devlet tarafından ödeneceğini ifade etmekteydi<sup>453</sup>. “Kanuna göre” ödenir hükmü, uygulamada, Eroğul’un da ifadesiyle, asgari ücret üzerinden yapılan yasak savma kabilinden zarar ödemeleriydi<sup>454</sup>. Yeni hükme göre, tazminat hukukunun esasları daha etkin bir şekilde işletilecek ve hakkı ihlal edilenlerin zararları komik tazminat rakamlarıyla kalmayacaktır. “Tazminat hukukunun genel prensipleri” kavramının AİHS’nin kullanmadığı bir kavram olduğuna işaret eden Gözler, bu kavramın “Partilerarası Uzlaşma Komisyonu” tarafından icat edildiğini ve ne olduğu belirsiz bir kavram olduğunu belirtmiştir. Söz konusu kavramla acaba Borçlar Kanununun tazminata ilişkin hükümleri mi kastedilmekte ve bu hükümler “anayasalaştırılmakta”, yoksa uygulama imkanı olmayan “tabi hukuk ilkeleri”mi Anayasaya ithal edilmektedir<sup>455</sup>.

Kanun koyucu, Anayasanın 40/2 ve 129/5. maddelerinde düzenlenmiş olmasına rağmen, madde gerekçesinde, devletin kendisini kusuru ile zarara uğratan kamu görevlisine rücu hakkını kazandığını belirtmektedir. Böyle benzer bir hükmün bu madde bağlamında tekrar edilmesi konuya açıklık getirmiş olmaktan öteye gitmez<sup>456</sup>.

### 3.2.5. Özel Hayatın Gizliliği

Anayasanın 20. maddesinin ilk fıkrasında yapılan değişiklikte, kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğuna tekrar vurgu yapılmıştır. Eski metindeki “adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği

<sup>452</sup> Gökçe, a.g.m., 2002, s. 545.

<sup>453</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 40.

<sup>454</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 276.

<sup>455</sup> Gözler, a.g.e., 2001 b, s. 15.

<sup>456</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 42.

istisnalar saklıdır” şeklindeki ayrıksı durum ortadan kaldırılarak söz konusu güvencenin önemi vurgulanmıştır<sup>457</sup>.

İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, bazıları daha önce genel sınırlama sebepleri arasında bulunan, bazıları da ilk defa bu değişiklikle Anayasaya giren, özel sınırlama sebeplerine bağlı olarak, verilecek hakim kararıyla ya da kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı güvencesine bir takım sınırlamaların getirilebileceğine ilişkin esaslar belirlenmiştir. Buna göre, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak, önceden alınmış hakim kararı ile, yine yukarıdaki sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadan kişinin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz bunlara el konulamaz<sup>458</sup>. Bu fıkranın değişiklikten sonraki hali ile önceki hali arasında, kişilerin özel hayatına hangi sebeplerle dokunulacağıının tek tek sayılmasından başka herhangi bir değişiklik yapılmamıştır<sup>459</sup>. Gözler, aynı noktaya dikkat çekerek, yapılan değişikliğin hiçbir normatif değişikliğe yol açmadığından bahisle, sadece kelime değişikliğinden ibaret bir durum olduğunu ve “abesle iştigal” örneği olduğunu ifade etmektedir<sup>460</sup>.

20. maddede yapılan değişiklikle özel hayatın korunması ile ilgili bazı yenilikler de getirmektedir. Bunlardan ilki, önceki Anayasa hükmü, özel hayata müdahale anlamına gelen arama ve el koyma tedbirlerinin uygulanmasında yetkili kılınan merciin sözlü olarak da emir verebilmesi imkanını açık tutmaktaydı. Değişikle, yetkili merciin maddede sayılan sebeplere bağlı olarak ve yazılı şekilde emir vermesi halinde mümkün olabileceği hükmünü koymuştur. Ayrıca, yetkili merciin vermiş olduğu yazılı kararın 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması şartı da eklenmiştir. Görevli hakim de el koyma tedbirinin uygulanmasından itibaren 48 saat içerisinde kararını açıklaması gerektiği, aksi takdirde el koyma tedbirinin kendiliğinden kalkacağı

<sup>457</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 42 ; Tülen, a.g.m., 2001, s. 204.

<sup>458</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 205 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 42-43.

<sup>459</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 43.

<sup>460</sup> Gözler, a.g.m., 2003, s. 337.

belirtilmiştir<sup>461</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, suçun işlenmesini önlemek veya işlenmiş olan suçun failinin yakalanması için arama ve el koyma işleminin yapılabilmesi yazılı emir şartına bağlanmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emri verecek olan makamlar; adli arama ve el koyma tedbirlerinde CMUK m. 97 ve 100’de belirtildiği üzere kolluk amirleri ve savcılar ile önleme amaçlı aramalarda vali olacaktır<sup>462</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, arama işleminin yazılı emir alınması suretiyle yapılması arama işleminin mantığına aykırıdır. Çoğu zaman, kolluk görevlileri, gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda amirlerinden yazılı emir alma imkan ve zamanı bulamayacaktır. Örneğin; bir kolluk görevlisi, bir polis karakoluna doğru gelen bir canlı bombayı aramak isterse, bunun için yazılı emir çıkarmasına zamanı olmayacaktır. Bu nedenle, uygulamada kolluk güçleri, önce aramayı yapacak sonra yazılı emir çıkartmaktadır<sup>463</sup>.

### 3.2.6. Konut Dokunulmazlığı

Anayasanın 21. maddesinde düzenlenen “konut dokunulmazlığı” eski metinde; “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunca açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, aranma yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz” şeklinde düzenlenmişti. Maddenin değişiklikten sonraki metni “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına

<sup>461</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 205.

<sup>462</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 43.

<sup>463</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 44.

sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar” şeklini almıştır.

Madde metninde yapılan değişiklik, konut dokunulmazlığı açısından bazı yenilikler getirmektedir. Bu yeniliklerin ilki, hangi durumlarda konut dokunulmazlığı güvencesinin sınırlandırılabilmesine ilişkin düzenlemedir. Önceki düzenleme söz konusu hakkın sınırlandırılmasını kanun koyucunun takdirine bırakmaktaydı. Şimdi, daha önce genel sınırlama sebepleri arasında yer alan bazı sınırlama sebepleri ile yeni getirilen sınırlama sebepleri Anayasada tek tek gösterilmiştir. Kanun koyucu ancak, madde metninde sayılan gerekçelerle konut dokunulmazlığı hakkını sınırlandırabilecektir.

AİHS çerçevesinde yeniden düzenlenen<sup>464</sup> madde metnindeki ikinci yenilik, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emri ile konuta girilebilmesi, arama yapılabilmesi ve konuttaki eşyalara el konulabilmesi için yazılı emrin bulunması gereğidir<sup>465</sup>. Madde gerekçesinde bu hususa özel olarak temas edilmiştir<sup>466</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kişinin konutunun aranması ile, sokakta, sinemada, maçta aranması arasında fark olacaktır. Konut dışındaki gecikmesinde sakınca bulunan arama hallerinde, kolluk güçlerinin, hakim kararının alınması için zamanımız yoktu şeklindeki bahaneleri, konuta girme, konutu arama ve konuttaki eşyaya el koyma durumları için geçerli olmayacaktır. Çünkü, hakime gitmek ve karar çıkartmak için var olan imkan ve zaman yukarıda verilen örneklerle konut dokunulmazlığı açısından farklı olacaktır<sup>467</sup>. Ayrıca, yetkili merciin kararının hakim onayına sunulacak olması ve hakim kararının el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklanacak olması, aksi takdirde el koymanın kendiliğinden kalkacağı konut dokunulmazlığı açısından bir başka yeniliktir.

<sup>464</sup> AİHS'nin 8. maddesi kapsamında, ister kira olsun ister ilgilinin mülkiyeti altında bulunsun her türlü konut Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanabilir. Konutun müstemlatı da konut gibi korumadan yararlanır. Buna karşılık, işyerlerinin korumadan yararlanması konusuna açık bir yanıt verilememiştir. Kiraya verilen bir konuta malik dönmek istiyor ve kamu makamları tarafından engelleniyorsa bu da 8. madde kapsamına girer (Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 291).

<sup>465</sup> 1998 yılında yapılan bir araştırmaya göre, 1117 ev arama dosyası içerisinde sadece 7 tanesine ilişkin hakim kararı, 4 tanesine ilişkin savcı emri bulunmaktadır. 232 tanesi sözlü emirle gerçekleştirilmiştir. Diğerlerinin hiç birinde yazılı emir bulunmamaktadır (Gökçe, a.g.m., 2002, s. 546).

<sup>466</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 206.

<sup>467</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 45.

### 3.2.7. Haberleşme Hürriyeti

2001 değişiklikleri ile Anayasanın 22. maddesi; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar” biçiminde değişmiştir. Yapılan değişiklikle kişinin haberleşme özgürlüğü korunmak istenmiştir<sup>468</sup>. Kişinin haberleşme özgürlüğü kapsamında yer alan mektuplarına, telefonlarına, telgraflarına ve elektronik postaları gibi haberleşme hürriyetini sağlayan araçlara hangi esaslar dahilinde ve hangi usuller takip edilerek müdahale edilebileceği yeniden düzenlenmiştir<sup>469</sup>.

Haberleşme hürriyetine ilişkin yeni düzenlemeyle, Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler paralellik göstermektedir<sup>470</sup>. Çünkü, 20. maddede yer alan “özel hayatın gizliliği” ile 21. maddede düzenlenen “konut dokunulmazlığı”, Anayasanın 20. maddesinde yer alan “özel hayatın gizliliği ve korunması” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. 20. maddenin kenar başlığı Anayasanın 176. maddesinde belirtildiği gibi 20, 21 ve 22. maddeleri arasında bağlantı kurmaktadır. Bu noktaya işaret eden Çiçekli ve Yılmaz, “kanun koyucunun, bir önceki maddede özel hayatı koruduktan sonra ayrıca, haberleşme özgürlüğüne ilişkin ayrı bir hüküm koymasına gerek yoktur. Çünkü, kişinin haberleşmesi özel hayatının ayrılmaz bir parçasıdır” şeklinde doğru bir tespitte bulunmaktadırlar<sup>471</sup>.

<sup>468</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 46.

<sup>469</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 207.

<sup>470</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 207.

<sup>471</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 46.

Değişikliğin “haberleşme hürriyeti” açısından getirdiği yenilikler de vardır. Öncelikle, “haberleşme hürriyeti”ne, hangi sebeplerle ve hangi usul takip edilerek müdahale edilebileceğinin sınırları yeniden çizilmiştir. Ayrıca, “haberleşme hürriyeti”ne hakim kararı olmadan yapılacak müdahalelerin yazılı emir şartına bağlanması ve yetkili merciin bu konudaki kararının yirmidört saat içerisinde görevli hakim onayına sunulması hükme bağlanarak söz konusu hak bir güvenceye daha kavuşmuştur<sup>472</sup>.

### 3.2.8. Yurt Dışına Çıkma Hürriyeti

2001 değişiklikleri ile Anayasanın 23. maddesinin 5. fıkrası; “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması sebebiyle sınırlanabilir” şeklinde değiştirilmiştir. Eski metinde yer alan “ülkenin ekonomik durumu” hükmü Anayasa metninden çıkartılarak “seyahat hürriyeti”nin özgürlük alanı biraz daha genişletilmiştir. Artık “ülkenin ekonomik durumu” gerekçe gösterilerek vatandaşların yurt dışına çıkmalarına sınırlama getirilemeyecektir<sup>473</sup>.

Milli Güvenlik Konseyi tarafından, ülkenin o dönemdeki ekonomik şartları gerekçe gösterilerek Anayasa metnine dahil edilen, “ülkenin ekonomik durumu” ibaresi, içeriği belirsiz ve hürriyetleri aşırı sınırlayıcı özelliğe sahip bir kavramdı<sup>474</sup>. Bu hükmün kaldırılmasıyla, hükümetlerin uygulamış oldukları yanlış ekonomik politikalarının ve yapılmış olan yanlış hareketlerin cezasını vatandaşların çekmesi önlenmiş olacak ve böylelikle yerleşme ve seyahat hürriyetleri engellenmeyecektir. Hükümetler zaten yurt dışına çıkışlarda, vergi ve benzeri araçlarla yeteri kadar yurt dışına çıkma hürriyetini sınırlamaktadır<sup>475</sup>. Zaman zaman miktarı değişmekle beraber, vatandaşlardan yurt dışına çıkışlarda alınan döviz cinsinden paralar, Anayasaya uygunluk açısından tartışmalıdır<sup>476</sup>.

<sup>472</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 207.

<sup>473</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 48.

<sup>474</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 208.

<sup>475</sup> Gökçe, a.g.m., 2002, s. 547.

<sup>476</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 277 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 48.

### 3.2.9. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti

Anayasanın “Düşünceyi açıklama ve yayma” başlığı altındaki 26. maddesinde yapılan değişiklikle, maddenin ikinci fıkrası değişikliğe uğramış, üçüncü fıkrası tamamen metninden çıkarılmış ve son olarak maddenin sonuna “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir” hükmü eklenmiştir.

İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, madde metninde yer alan sınırlama sebeplerine, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” ve “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü” gibi genel sınırlama sebeplerinin yer aldığı eski 13. maddedeki bazı sınırlama sebepleri eklenmiştir. Madde metnine yeni dahil edilen sınırlama sebeplerine ve maddede var olan sınırlama sebeplerine dayanarak “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” bundan sonra eskisine nazaran daha etkin olarak sınırlandırılacaktır. Sınırlama sebeplerine dikkat edilecek olursa, “Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” sebebinin, maddeye eklenen 13. maddedeki bazı sınırlama sebeplerinin yanında yeni bir sınırlama sebebi olduğu dikkatlerden kaçmayacaktır. Her ne kadar, değişiklik gerekçesinde “düşünce ve kanaat özgürlüğünün sınırları genişletilmekte, sınırlama halleri AİHS doğrultusunda düzenlenmektedir” biçiminde ifadeler yer alsada, sınırlama sebeplerinin önceki düzenlemeye göre daha da artırılmış olması, AİHS sisteminin sınırlamaya ilişkin hükümleriyle bağdaşmamaktadır<sup>477</sup>.

26. madde açısından en göze batan yenilik, “düşüncelerin açıklanmasında ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz” biçimindeki hüküm ile söz konusu yasak kapsamında kullanılan araç ve gereçlerin toplatılacağına ilişkin hükmün Anayasa metninden çıkartılmış olmasıdır<sup>478</sup>. Hiçbir demokratik, hukuksal, ahlaksal ve sosyolojik dayanağı olmayan bu yasakla<sup>479</sup>, söz konusu özgürlüklerin kullanılmasında belli bir dilin, uygulamada Kürtçe'nin, yasaklanması

<sup>477</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 209 ; Gözler, a.g.m., 2003, s. 341.

<sup>478</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 209.

<sup>479</sup> Can, a.g.m., 2002, s. 513.



olanağı ortadan kalkmış oldu<sup>480</sup>. Bu değişiklik iyi niyetli bir çaba olmasına karşın, özellikle Anayasanın 42. maddesinin son fıkrasında yer alan “Türkçe’den başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez” hükmünün halen uygulanıyor olması, uluslararası hukuk kuralları açısından bir çelişki yaratmaktadır<sup>481</sup>.

Maddenin sonuna, “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir” hükmü eklenmiştir. Bu hükümle, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında kullanılacak şekil, şart ve usullerin tespiti yasaya bırakılmaktadır. Bu durum, düşünce özgürlüğü alanını daraltabilecek sakıncaları beraberinde getirir. Bu konuda Anayasal güvenceden yasal güvenceye geçilmiştir<sup>482</sup>.

### 3.2.10. Basın Hürriyeti

Anayasanın 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz” hükmü, değişiklikle Anayasadan çıkartılmıştır. Yapılan tek değişiklikle, “düşünce ve anlatım özgürlüğünün sınırlarının genişletilmesi” amaçlanmıştır. Aynı zamanda Anayasanın 26. maddesiyle paralellik sağlanmış olmaktadır. 2. fıkra dışında 28. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak, maddenin yeni halinin 3. fıkrasında, “basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır” biçimindeki ifade, “basın hürriyeti”nin sınırlanmasının 26 ve 27. madde hükümlerine atıfta bulunularak yapılabilmesini öngörmektedir. Anayasanın 26. maddesi “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”ni, 27. madde ise “bilim ve sanat hürriyeti”ni düzenlemektedir. “Basın hürriyeti”nin sınırlanmasında atıfta bulunulan Anayasa maddelerinden 26. madde, 28. madde gibi 2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında yer alan bir maddedir. Değişikliklerle, 26. maddede düzenlenen “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” için getirilen sınırlama sebepleri dolayısıyla “basın hürriyeti” için de getirilmiş oldu. Buna göre, “basın hürriyeti” artık, “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel

<sup>480</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 277.

<sup>481</sup> Can, a.g.m., 2002, s. 513 ; Eroğul, a.g.m., 2001, s. 277.

<sup>482</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 167.

nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçları önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir”. Bunun yanında “basın hürriyeti”, 27. maddenin 2. fıkrasında yer alan “Anayasanın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesi amacıyla kullanılamaz” hükmüne dayanılarak da sınırlanabilecektir. Bu sınırlama sebepleri kanun koyucuya geniş bir hareket alanı yaratmaktadır<sup>483</sup>.

Gözler’e göre, 19 Ekim 1983 tarih ve 2932 sayılı “Türkçe’den Başka Dille Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun”un, 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı kanunla kaldırılmasından sonra, Türkiye’de isteyen istediği dilde yayın yapabilir hale gelmişti. 2001 değişiklikleri ile Anayasanın 28. maddesi kaldırılmış olmasaydı bile Türkiye’de isteyen istediği dilde yayın yapabilirdi. Gözler, kanunla kaldırılan bir hükmün tekrar Anayasayla kaldırılmasına gerek olmadığına dikkatleri çekerek, bu değişikliğin tamamen gereksiz olduğunu ifade etmiştir<sup>484</sup>.

### **3.2.11. Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Haberleşme Araçlarından Yaralanma Hakkı**

Kamu tüzel kişilerinin ellerindeki haberleşme araçlarından yararlanma hakkını düzenleyen, 31. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, kişilerin kamu tüzel kişileri elinde yer alan radyo, televizyon ve resmi haber ajanslarından yararlanma hakkına getirilen genel sınırlama sebepleri ortadan kaldırıldı. Eski genel sınırlama sebepleri arasında yer alan, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel ahlak” ve “sağlığın korunması” gibi sınırlama sebepleri 31. madde için özel sınırlama sebepleri olarak belirlendi. Kanun koyucun artık madde metninde sayılan sebeplere dayanarak bu hakka bazı sınırlamalar getirebilecektir<sup>485</sup>.

<sup>483</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 210-211 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.51; Eroğul, a.g.m., 2001, s. 277.

<sup>484</sup> Gözler, a.g.m., 2003, s. 335.

<sup>485</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 211.

### 3.2.12. Dernek Kurma Hürriyeti

2001 anayasa değişiklikleri ile Anayasanın 33. maddesinde üç değişiklik yapılmıştır. Maddenin ilk fıkrasında yer alan “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir” hükmü, “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir” şeklinde değişmiştir. Görüleceği üzere, yapılan değişiklikle, dernek kurma hakkına, derneğe üye olma ve dernekten çıkma hakları ilave edilmiştir. Eski ve yeni metinde yer alan “hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz” hükmü zaten bu hakları dolaylı olarak içermektedir. Zira, derneğe üye olma hakkı olmadan derneğe üye olunamayacağı gibi, derneğe üye olmayan bir kişinin de dernekte kalması mümkün değildir<sup>486</sup>. İlk fıkrada yapılan değişiklik, esasa etkisi olmayan bir anlatım değişikliğinden başka bir şey değildir<sup>487</sup>.

33. maddede yapılan ikinci değişiklik, “Dernek kurabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, derneğin faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için mahkemeye başvurur” hükmünü içeren fıkranın maddeden çıkartılmasıyla gerçekleştirilmiştir. Tülen, Anayasadan çıkarılan bu fıkrada, “dernek kurma hürriyeti”nin kullanımına dair ayrıntıya ilişkin kurallar bulunduğunu ve Anayasada gösterilmesine gerek olmayan bu düzenlemenin çıkarılmasının isabetli olduğunu ifade etmektedir<sup>488</sup>.

33. maddede gerçekleştirilen son değişiklik, madde metnine bir fıkra eklenmesidir. Eklenen fıkrayla, söz konusu hürriyetin hangi sebeplerle sınırlanabileceği gösterilmiştir. Buna göre, “dernek kurma hürriyeti”nin sınırlandırılması ancak; “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “suç işlenmesinin önlenmesi”, “genel sağlık”, “genel ahlak” ve “başkalarının hürriyetlerinin korunması” sebeplerine dayanarak kanunla gerçekleştirilebilecektir. Maddede, derneklerin kapatılmaları veya faaliyetlerinden alıkonulmalarına ilişkin 1995 yılında çıkartılan 4121 sayılı yasa ile öngörülen kurallar,

<sup>486</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.54.

<sup>487</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 212.

<sup>488</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 212.

yeni metinde yer almıştır. Buna göre, dernekler, yasanın öngördüğü hallerde yargıç kararıyla kapatılabilir ya da faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde, gecikmede sakınca varsa, bir merci, yasayla, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içinde görevli yargıcın onayına sunulur. Yargıç, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar<sup>489</sup>.

### 3.2.13. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı

“Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”na ilişkin Anayasa değişikliği, kanun hükmünü andıran eski metni basitleştirerek, bir Anayasa hükmünde olması gereken sadeliğe kavuşturmuştur<sup>490</sup>. 34. maddede yapılan değişikliklere bakıldığında, ilk olarak, “Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tespit edebilir” hükmünü içeren 2. fıkranın madde metninden çıkartıldığı görülmektedir. Esasında, bu şart, barışçıl amaçlı toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlenmesinde gerekli bir şarttır. Anayasada ilgili hüküm düzenlenmemiş olsa dahi, yetkili merci, her halükarda, toplantı ve gösteri yürüyüşünün kamu düzenine en az zarar vereceği bir güzergahı veya alanı bu hakkın kullanılması için tahsis edecektir. Yine bu hükmün Anayasadan çıkarılması, isteyen herkesin istediği yerde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabileceği anlamına gelmeyecektir. Zira, Anayasa değişikliğiyle maddeye eklenen sınırlama sebeplerinden olan “kamu düzeni” sebebiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı kanunla her zaman sınırlandırılabilir. Kamu düzenini bozmayacak veya kamu düzenine en az zarar verecek yerin tespit edilmesinde, 13. maddede yer alan “hakkın özüne dokunmama” kriterine uyulması gerekmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasında amaç, toplantı veya yürüyüşle verilmek istenen mesajın kamuoyuna duyurulmasıdır. Şehir düzeninin korunması amacıyla, bu hakkın, kimsenin gelip geçmediği mahallerde yapılacağını belirlenmesi hakkın özüne yapılan bir müdahale anlamına gelecektir<sup>491</sup>. Gözler, bu fıkranın

<sup>489</sup> Aliefendioğlu, a.g.m., 2002, s. 168.

<sup>490</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.55.

<sup>491</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.56.

yürürlükten kaldırılmasının hukuk düzeninde yaratacağı hiçbir değişiklik olmadığını ifade etmektedir<sup>492</sup>.

Madde metninde yapılan ikinci değişiklik, “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”nın sınırlarına ilişkin olan fıkra hükmünün Anayasaya konulmasıdır. Buna göre, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, AİHS’nde kabul edilen sınırlama sebeplerine paralel olarak, “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın korunması, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi sebeplere dayanılarak sınırlanabilecektir<sup>493</sup>.

Madde metninde yapılan üçüncü değişiklik ise, “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”nın, kanunun gösterdiği yetkili merci tarafından aynı maddede gösterilen sebeplere dayanılarak 2 ayı aşmamak üzere ertelenebileceği, söz konusu sebeplere bağlı olarak bir il’e bağlı tüm ilçelerde bu sürenin 3 ay ile sınırlı olacağına ilişkin ayrıntılı düzenlenmiş hükmün Anayasadan çıkarılmasıyla gerçekleştirilmiştir. Ancak, 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkındaki Kanununun 17. maddesinde yer alan 2 aylık erteleme süresini, “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın korunması, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebeplerine bağlı olarak daha uzun süreyle sınırlayabilme tehlikesi mevcuttur. Bu noktada, yukarıda sayılan sebeplere bağlı olarak “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”nı sınırlamak isteyecek olan kanun koyucunun “ölçülülük, hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterlerini göz önünde bulundurması gerekecektir<sup>494</sup>.

34. maddede yapılan son değişiklik, derneklerin, vakıfların, sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü yapamayacaklarına ilişkin hükmün kaldırılmasını içermektedir. 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile, sivil toplum kuruluşlarının önünde yer alan bazı engeller kaldırılarak sivil toplum kuruluşlarının dayanışma içinde hareket edebilmeleri sağlanmıştı. Ancak, bu kuruluşların kendi konu ve amaçları

<sup>492</sup> Gözler, a.g.m., 2003, s. 330.

<sup>493</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 214 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.55.

<sup>494</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.56.

dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin yasak kaldırılmamıştı. Doktrinde bu yasağın 1995 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılmaması eleştirilmiştir<sup>495</sup>. Bu değişiklik, madde metninde yapılan değişikliklerin en önemlisidir. Çünkü, maddenin eski hükmü, çoğulcu ve katılımcı demokrasinin vazgeçilmez unsurları olan sivil toplum kuruluşlarının (dernek, vakıf, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları) “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”nı kullanmalarını sınırlamaktaydı. Bu fıkranın maddeden çıkartılmasıyla, sivil toplum kuruluşlarının önündeki engeller kaldırılmış oldu.

### 3.2.14. Adil Yargılanma Hakkı

2001 değişiklikleri kapsamında Anayasanın 36. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir. “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Bu değişiklikte, “adil yargılanma hakkı” kavramı ilk kez 1982 Anayasası’na girmiştir.

Kişilere, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, aleni olarak ve hakkaniyete uygun bir yargılanma hakkı sağlayan<sup>496</sup> “adil yargılanma hakkı”, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesi ve AİHS’nin 6. maddesinde değişik yönleriyle kapsamlı olarak düzenlenmiş bir haktır<sup>497</sup>. Kanun koyucu, değişiklik gerekçesinde, “Adil yargılanma hakkı”nın uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş olduğundan hareketle Anayasaya dahil edildiğini ifade etmektedir<sup>498</sup>.

Yapılan değişiklik, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, aleni olarak ve hakkaniyete uygun bir yargılanma hakkını kişilere tanınması açısından yerinde bir değişikliktir. Ancak, AİHS içtihatlarına bakıldığında “adil

<sup>495</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 214.

<sup>496</sup> Daha ayrıntılı bilgi için, Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama””, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, No 1-2, Ocak-Haziran 1994, s. 199-234 ; Yahya K. Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, *Yeni Türkiye*, Sayı 22, 1998, s. 936-944.

<sup>497</sup> Tezcan ve Diğerleri, a.g.e., 2002, s. 222.

<sup>498</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 215.

yargılanma hakkı”nın kişilere iddia (dava açma) ve savunma hakkı tanıdığı görülecektir. Gerek değişiklik öncesi gerekse değişiklik sonrası 1982 Anayasasının, AİHS içtihatlarında yer alan iddia ve savunma hakkını kişilere zaten tanınmakta olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, “adil yargılanma hakkı”nın Anayasaya dahil edilmesinden sonra, iddia ve savunma hakkı kavramlarının halen Anayasada tutulması bir anlam ifade etmeyecektir<sup>499</sup>. Bu anlamda yapılan değişiklik, “adil yargılanma hakkı”nın varlığına açık olarak vurgu yapılmasının ötesinde hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik yaratmamıştır. Çünkü, 36. maddede yer alan bu düzenlemenin dışında, ayrıca Anayasası’nın 138, 140 ve 141. maddeleri de aynı konuya ilişkin hükümleri güvence altına almaktadır<sup>500</sup>.

### 3.2.15. Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar

Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişiklik, madde metnine dokunulmadan, 3 yeni fıkranın eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. Değişiklik öncesinde dokuz fıkra olan madde metni, değişikliklerle beraber oniki fıkraya çıkmıştır<sup>501</sup>.

Yapılan değişiklik kapsamında madde metnine ilk olarak, “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmü eklenmiştir. Söz konusu hüküm, Anayasaya girmeden evvel CMUK’un 135/a ve 254/2. maddelerinde yer almaktaydı<sup>502</sup>. Bu madde hükümlerine göre; gerek kolluk güçlerinin gerekse Cumhuriyet Savcılarının kanuna aykırı olarak elde etmiş oldukları delillerden dolayı Türk Ceza Kanununa göre sorumlu olacakları belirtilmişti. Ancak, deliller kanuna aykırı olarak elde edilmiş olsalar dahi mahkemece değerlendirilmekteydi<sup>503</sup>. Yeni Anayasa hükmü, CMUK 254/2’de yer alan “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” hükmünden daha kapsamlı ve ağır düzenlemeler getirmektedir. Söz konusu hükümler şunlardır<sup>504</sup>:

<sup>499</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s.57 ; Gözler, a.g.m., 2003, s. 336.

<sup>500</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 215 ; Hakyemez, a.g.m., 2003, s. 373-374.

<sup>501</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 216.

<sup>502</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 216 ; Hakyemez, a.g.m., 2003, s. 374.

<sup>503</sup> Yetkin, a.g.m., 2002, s. 318.

<sup>504</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 60.

- Artık, sadece hukuka aykırı deliller değil, kanuna aykırı deliller de kullanılamayacaktır.
- CMUK 254/2’de belirtilen, sadece savcı ve polisin değil, özel kişilerin de kanuna aykırı elde ettikleri deliller kullanılamayacaktır.
- Delil kavramı yerine bulgu kavramı tercih edildiği için, suçun işlendiğini ortaya koymaya yarayan basit belirti ve emareler de, kanuna aykırı elde edilmişlerse, kullanılmayacaktır.
- Kanuna aykırı deliller sadece ceza yargılamasında değil, hukuk mahkemelerinde, idari yargı ve anayasa yargısında da kullanılamayacaktır.
- Kanuna aykırı deliller, bundan böyle, kolluk ve savcı işlemleri dahil, hiçbir kişi ve kurumun işlemlerine dayanak teşkil edemeyecektir.

Anayasa değişiklikleri ile 38.madde metnine, “hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü ilave edilmiştir. Gerekçe olarak da, Türkiye’nin de 19.10.1992 tarihinde taraf olduğu ve 23.02.1994 de 3975 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunarak yürürlüğe giren 4 Numaralı AİHS protokolünün 1. maddesi<sup>505</sup> gösterilmiştir<sup>506</sup>. Değişiklikten sonraki madde metnine dikkat edilecek olursa, 4 Numaralı Protokolün aynen tercümesi olduğu fark edilecektir.

Değişiklik metninde sözü edilen yükümlülük, her şeyden önce, sözleşmeden yani bireylerin özel borç ilişkilerinden doğan yükümlülüktür. Borçlar Kanunu’nun 1. maddesi kapsamında, sözleşme, iki tarafın rızalarının uyuşmasıyla meydana gelen hukuki bir işlemdir. Dolayısıyla, 38. maddede sözü edilen yükümlülük Borçlar Kanununda yer alan sözleşmeler için geçerli bir durumdur. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta da “sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusudur. Bu ifadeden, kişilerin Borçlar Kanunu

<sup>505</sup> 4 numaralı protokolün 1. maddesi “Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı” başlığını taşımaktadır. Maddeye göre; “Hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” (Gölcüklü ve Gözübüyük, a.g.e., 1998, s. 28).

<sup>506</sup> Recep Gülşen, “Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38’deki Değişiklik”, *KHuka Kamu Hukuku Arşivi*, Cilt IV, Sayı 2, Eylül 2001, s. 39.



kapsamındaki sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirememiş olması anlaşılmalıdır. Yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanması mümkün olabilecektir. Buna karşılık, kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülükler (vergi yükümlülüğü) ile kanundan yahut bir mahkeme kararından doğan yükümlülükler (askerlik görevi veya nafaka borcu gibi) bu hükmün kapsamı dışındadır<sup>507</sup>.

38. madde çerçevesinde incelenmesi gereken bir konu da, 3167 Sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun”un 16. maddesinde yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, bankaya ödenmesi için ibraz edilen çekin karşılığının kısmen dahi olsa bulunmaması durumunda, çeki keşide eden kişi veya kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı hükmü yer almaktadır<sup>508</sup>. Bu düzenlemenin Anayasanın 38/8. maddesinde yer alan hükümlerle tezat teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Çek yasasının 16. maddesinin, Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda Anayasaya aykırı olup olmadığının anlaşılabilmesi için, öncelikle, çekin bir sözleşme olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira, Anayasaya eklenen hüküm de sözü edilen, “borç” değil “sözleşmedir”<sup>509</sup>.

Çekte iki tür ilişki vardır. Biri, keşideci ile muhatap banka arasında, diğeri ise, keşideci ile lehdar arasındaki ilişkidir. Keşideci ile muhatap banka arasında bir sözleşmenin varlığında herhangi bir kuşku yoktur. Bu sözleşme çek sözleşmesidir. Çek kanununun cezalandırdığı fiil, keşideci ile muhatap banka arasındaki sözleşmenin ihlali değildir. Bizatihi karşılıksız çek keşide etme fiilinden zarar görecektir olan lehdarın kendisidir. Keşideci ile lehdar arasındaki ilişki ise akdi bir ilişki değildir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, çekin, “borç ödeme ikrarını havi bir belge değil, bir ödeme vasıtası”<sup>510</sup> olduğunu ifade etmiştir. Keşideci ile lehdar arasında, ödeme aracı olan çekin kullanılmış olmasını gerektiren bir temel borç ilişkisinin bulunması, çekin sözleşme

<sup>507</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 216 ; Gülşen, a.g.m., 2001, s. 39-40.

<sup>508</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 216.

<sup>509</sup> Ufuk Çetiner, “Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durum”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 60, 2002, s. 176.

<sup>510</sup> Y. 13. H.D. 26.11.1984 T. 7086/7493, YKD Haziran 1985 s. 856.

olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Neticede, çek ödeme aracıdır ve bunun kullanımının kanun ile tayin edilmiş bir usulü vardır. Söz konusu usule uyulmamış olmasının cezalandırılması, Anayasanın 38. maddesinde yer alan sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi biçiminde anlaşılabilir<sup>511</sup>.

38. maddede yapılan bir diğer değişiklik, hangi suçlar için ölüm cezalarının öngörülebileceğine ilişkin düzenlemedir. Madde hükmüne göre; “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez”. Bu değişikliğe gerekçe olarak, AIHS’ye ek 6 Numaralı Protokol hükümleri gösterilmiştir. Protokol hükümlerinde, ölüm cezası öngörülen haller; savaş ve çok yakın savaş tehlikesi hallerinde işlenen fiillerle sınırlandırılırken, kanun koyucu, değişiklikle, protokol hükümlerine terör suçları kavramını da ilave ederek, ölüm cezası verilebilecek hallerin kapsamını genişletmiştir<sup>512</sup>.

2001 Anayasa değişikliklerinin üzerinden henüz bir yıl dahi geçmemişken kanun koyucu, 03.08.2002 tarihinde 4471 sayılı kanunla kabul ettiği “Türkiye Büyük Millet Meclisi Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un birinci maddesinin A fıkrası uyarınca ölüm cezası verilebilecek hallerin kapsamı, terör suçlarını çıkartarak, daraltılmıştır. Kanun koyucu yeni düzenlemeyle; “Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.” 4471 sayılı kanunla, mevzuatımızda bulunan ölüm cezaları, Askeri Ceza Kanunu dışındakiler hariç, savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş olan suçlar ile sınırlanmış ve yine söz konusu haller dışında mevzuatımızda yer alan ölüm cezaları müebbet ağır hapse dönüştürülmüştür<sup>513</sup>.

<sup>511</sup> Çetiner, a.g.m., 2002, s. 176-177.

<sup>512</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 217.

<sup>513</sup> Metin Feyzioğlu, “Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4471 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, [http://hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum\\_cezasi.htm](http://hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum_cezasi.htm) (10.02.2004).

Türk ceza mevzuatında ölüm cezası öngören 40'a yakın suç vardır<sup>514</sup>. Bu suçlar başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere, Askeri Ceza Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun metinlerinde yer almaktadır. 4471 sayılı kanun çerçevesinde, TCK'nın 125., 127., 146., 147., 149., 156. ve 450. maddelerinde yer alan ölüm cezaları, müebbet ağır hapse dönüşmüştür. 126. ve 129. maddelerinde yer alan ölüm cezaları değişikliğe uğramamıştır. 131. ve 133. maddelerin birinci bendinde yer alan ölüm cezaları yürürlükte kalırken, ikinci bendindeki ölüm cezası müebbet ağır hapse dönüşmüştür. 136. maddenin 3. fıkrasının aynı maddenin ikinci fıkrasına yapmış olduğu gönderme ile ikinci fıkranın uygulandığı durumlar için ölüm cezası yürürlükte kalmaya devam etmektedir. 136. maddenin ikinci fıkrasının "veya" kelimesinden sonra hükme bağlanan ve fiilin Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş kudret ve kabiliyetini veya askeri hareketlerini tehlikeye koyması halinde, 3. fıkranın öngördüğü ölüm cezası, müebbet ağır hapse dönüşmüştür. 137. maddenin 4. fıkrasının göndermede bulunması ile ikinci fıkranın uygulanması halinde, 2. fıkranın "veyahut" kelimesinden önceki durumla sınırlı kalmak kaydıyla, 4. fıkradaki ölüm cezası halen yürürlükte dir. "Veyahut" kelimesinden sonra sonraki suç bakımından ise ölüm cezası, müebbet ağır hapse dönüşmüştür. 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Kanun'un 30. maddesi ile Orman Kanunu'nun 110. maddesinde yer alan ölüm cezaları da 4471 sayılı kanunun düzenlemesiyle, müebbet ağır hapse dönüşmüştür<sup>515</sup>.

Ölüm cezasının öngörüldüğü haller kapsamında yer alan, "çok yakın savaş tehdidi" kavramı, savaş halinin aksine, TCK açısından yeni bir kavramdır. Savaş zamanında işlenen çeşitli suçlara yer veren TCK'nda "çok yakın savaş tehdidi" ile ilgili açık bir hüküm yoktur. Anayasanın 38. maddesi de bu halin tanımını yapmamıştır. Ceza hukukunun temel ilkesi olan kanunilik ilkesi gereğince, "çok yakın savaş tehdidi" halinin ne olduğunun kanun tarafından hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde tanımlanması gerekmektedir<sup>516</sup>.

<sup>514</sup> Ölüm cezasına yer veren kanunlar ve maddeleri için bakınız, Tülen, a.g.m., 2001, s. 217, Dpn.20.

<sup>515</sup> Fezyoğlu, a.g.m., 2004.

<sup>516</sup> Fezyoğlu, a.g.m., 2004.

Türkiye, söz konusu kanun değişikliği ile, ceza mevzuatında, savaş ve çok yakın savaş tehdidi dışında ölüm cezası öngören düzenlemeleri kaldırmıştır<sup>517</sup>. Özellikle, Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde, hiçbir Avrupa Konseyi üyesi mevzuatında yer almayan ölüm cezasının tamamen kaldırılması yönünde ikinci bir adım daha atarak AİHS'nin 6 Numaralı Protokolü ile uyumlu hale getirmelidir<sup>518</sup>.

### 3.2.16. Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması

Anayasanın 40. maddesinde yapılan değişiklik madde metnine bir fıkra eklenmesi biçiminde gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikle, devlet, yapmış olduğu her işlemde, ilgili kişilere, hangi mercilere, hangi kanun yollarını kullanarak hangi süreler içinde başvurması gerektiğini bildirmek zorundadır<sup>519</sup>. Fıkranın sonundaki “zorundadır” ifadesi, devlete, yerine getirmek zorunda olduğu bir görevi hatırlatma fonksiyonunu icra etmektedir. Bu değişiklik, özellikle, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini kullanması esnasında meydana gelebilecek ihlaller karşısında hangi mercie, nasıl ve hangi sürede başvuracağını öğrenme hakkını sağlaması açısından önemlidir. Yine, kişilerin bilgilendirilmesi kendilerine bir birey olarak değer verildiğinin göstergesi olması açısından önemli bir gelişmedir<sup>520</sup>. Ayrıca, değişiklikle, kişilerin, ihlaller karşısında nasıl davranacaklarını bilememeleri neticesinde meydana gelebilecek hak kayıplarının da önüne geçilmiş olmaktadır. Nitekim, toplumu oluşturan herkesin, kanunları ve kanun yollarını veya ihlaller neticesinde hangi mercie, hangi sürede başvurması gerektiğini aynı ölçüde bilmeleri beklenmez.

Eroğul, fıkra hükmünün yerine getirilmesi durumunda, Türkiye'nin yönetim anlayışında bir devrim gerçekleşeceğini, devletin böyle bir yükümlülüğü üstlenmesinin, yanlış işler yapabileceğini daha baştan kabul etmesi anlamına geleceğini ve bunun da yüzyıllardır süregelen devlet anlayışıyla hiç bağdaşmayacağını ifade etmektedir<sup>521</sup>.

<sup>517</sup> Feyzioğlu, a.g.m., 2004.

<sup>518</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 218 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 60.

<sup>519</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 279.

<sup>520</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 63.

<sup>521</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 279.

Fıkra metninde bahsedilen devlet ibaresinden, devletin yürütme (idare) ve yargı organları kastedilmektedir. Zira, yasama organının, kural koyucu niteliğe sahip işlemlerine ve genel olarak kararlarına karşı, fıkradaki hükmüyle ilgililerin doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir mercie ya da kanun yoluna başvurmaları hukukumuzda kabul edilmiş değildir<sup>522</sup>. Bu hakkın etkin bir şekilde kullanılabilmesi açısından bir sorunun daha halledilmesi gerekmektedir. O da, kişilerin, idarenin sayısız denebilecek işlemlerine karşı hangi kanun yollarına, hangi mercilere, hangi süre içerisinde başvuracağıının belirlenmesidir. Özellikle, uzman hukukçu alt yapısı olmayan idari birimlerin karışık ve uzmanlık isteyen söz konusu işlerin üstesinden gelebilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple, çıkarılacak bir yasayla bu konuda yetersiz kalan idari birimlerle beraber bütün idareye yol gösterilmesi yararlı olacaktır<sup>523</sup>.

Gözler, madde metnine dahil edilen hükmün Anayasada yer almasının hiçbir anlam ve gereğinin olmadığını ifade ederken; gerekçe olarak şunları eklemektedir: Böyle bir kural, kanun, kanun hükmünde kararname hatta bir Başbakanlık Genelgesi ile dahi kabul edilip uygulanabilir ve genelge konusu olan bir hükmün normlar hiyerarşisinin en tepesine yerleştirilmesi Anayasa kavramının saygınlığını gölgelemektedir<sup>524</sup>.

### 3.3. Sosyal ve Ekonomik Haklarla İlgili Değişiklikler

#### 3.3.1. Eşler Arasında Eşitlik

Anayasanın 41. maddesinde yapılan değişiklik, diğer bazı maddelerde olduğu gibi, madde metnine hüküm eklenmek suretiyle gerçekleştirilmiştir. 41. maddenin ilk fıkrasında yer alan “Aile, Türk toplumunun temelidir” hükmüne, “...ve eşler arasında eşitliğe dayanır” hükmü ilave edilerek madde son şeklini almıştır. Bu ifadenin eklenmesiyle, ailede eşler arasında erkek lehine varolan ayrıcalıkların kaldırılması amaçlanmıştır<sup>525</sup>.

<sup>522</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 219.

<sup>523</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 219 ; Gözler, a.g.m., 2003, s. 334.

<sup>524</sup> Gözler, a.g.m., 2003, s. 334.

<sup>525</sup> Gökçe, a.g.m., 2002, s. 538-539.

Anayasanın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Bu anayasal ifade, konumuz açısından cinsiyet ayırımını yasaklamaktadır. Bu yerinde bir hükümdür. Ancak, Anayasada farklı cinslerin eşit haklara sahip olduklarına dair herhangi bir hükme rastlamak mümkün değildir. Buna bağlı olarak, genel eşitliğin mutlak eşitliği amaçlamadığı, farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesinin ise genel eşitliğin aksine mutlak anlamda eşitliği amaçladığı belirtilerek, söz konusu hüküm Anayasaya dahil edilmiştir. Bu düzenleme ile ilk kez, kadın-erkek eşitliği açık ve net bir biçimde Anayasada yerini almış oldu<sup>526</sup>.

### 3.3.2. Kamulaştırma

2001 Anayasa değişiklikleri ile 46. maddede üç değişiklik öngörülmüştür. Bunlardan birincisi; özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların gerçek karşılıklarının ödenmesi şartı ile kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin değişikliktir. 1961 Anayasası'nın 38. maddesinde yer alan bu hüküm değişiklikle tekrar Anayasaya girmiştir<sup>527</sup>.

Gerçek karşılıktan kastedilen, taşınmaz malın piyasa değeridir. Taşınmazın piyasa değeri arz ve talep doğrultusunda kendiliğinden oluşacaktır. Özel mülkiyet kapsamında yer alan taşınmazın kamulaştırılmasında, taşınmaz değerinin piyasa ekonomisi şartları içerisinde belirlenebiliyor olmasıyla, özel mülküne kamu yararı gerekçesiyle el konulacak kişinin taşınmazının değerinin, gerçek değerinin altında tespit edilmesi suretiyle oluşabilecek maddi kayıplar önlenmiş olmaktadır. Bu sayede, mülkiyet hakkı da korunmuş olmaktadır. Kanun koyucu bu değişikliğe paralel olarak, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında kullanılan vergi beyanı, resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmaz malların birim fiyatları ve yapı maliyet hesapları gibi ölçütleri madde metninden çıkartmıştır.

<sup>526</sup> Gökçe, a.g.m., 2002, s. 539 ; Tülen, a.g.m., 2001, s. 220.

<sup>527</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 221.

46. maddedeki önemli bir değişiklik de, kamulaştırma bedellerinin taksitlendirilmesi ve herhangi bir sebeple ödenmemesi hallerinde, taşınmaz sahibinin kayıplarının, “kamu alacakları”na uygulanacak en yüksek faiz miktarıyla telafi edileceğine ilişkin düzenlemedir. Değişiklikten önceki metinde bu konuyla ilgili olarak “devlet borçları” için öngörülen en yüksek faiz haddinin uygulanacağı hükme bağlanmıştı. Devlet borçları için öngörülen faiz haddinin kamu alacakları için öngörülen faiz haddinden daha düşük olduğu bir ekonomide eski düzenlemenin taşınmaz sahibi aleyhine olduğu aşikardır. Bununla beraber, yüksek enflasyonun varlığını da hesaba katarsak durum iyice taşınmaz malikinin aleyhine olmaktadır. Bu açıdan, yapılan değişiklik olumludur<sup>528</sup>.

Anayasanın 46. maddesinde yapılan üçüncü değişiklik, kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedelinin nakden ve peşin olarak ödenmesini öngörmektedir. Maddenin eski düzenlemesinde sadece kamulaştırma bedelinin peşin olarak ödenmesi öngörülmüştü. Değişiklik sonrası kamulaştırma işlemlerinde, artık, kamulaştırma bedelinin yanı sıra, yargı kararıyla kesinleşmiş olan artırım bedellerinin de peşin olarak ödenmesi gerekmektedir. Böylelikle, gerçek değerinin altında bir rakamla kamulaştırılmış taşınmazın, bedeline yapılan itiraz neticesinde mahkemenin belirlemiş olduğu yeni değer de, idare tarafından farklı bir ödemeye tabi tutulmaksızın peşin olarak ödenmektedir.

### 3.3.3. Çalışma Hakkı ve Ödevi

Anayasanın 49. maddesinin 2.fikrası; “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” biçiminde değiştirilmiştir. 3.fikra hükmü ise madde metninden çıkartılmıştır.

Değişikliğe uğrayan 49. madde hükmü, devlete, çalışanların korunması için alacağı tedbirlere ilave olarak işsizler için de gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü

<sup>528</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 222.

getirmiştir<sup>529</sup>. Devlet, bu yükümlülüğü, Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde, yani, mali kaynaklarının kendisine müsaade ettiği ölçüde yerine getirecektir<sup>530</sup>. Kısa süreli işsizlik halinde meydana gelebilecek zararları önlemeye yönelik çıkartılan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu bu kapsamda alınmış tedbirlerden biridir. Bu ve benzeri düzenlemelerle bireylerin geleceğe daha güvenle bakmaları ve insan onur ve haysiyetine yaraşır düzeyde hayat sürmeleri sağlanmış olacaktır<sup>531</sup>. Doktrinde genel olarak olumlu karşılanan bu değişikliğin, uygulanması konusunda aynı iyimser havayı görmek mümkün değildir. Özellikle, Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği 2001 yılı içerisinde, ekonomik krizle beraber, istihdamdaki daralma ve işsizlik oranındaki büyük artış da göz önüne alındığında, çalışanların dahi tam olarak korunamadığı kabul edilirse, işsizler için gerekli korumanın nasıl ve ne ölçüde gerçekleştirileceği endişe konusudur.

49. madde metninde gerçekleştirilen son değişiklik, işçi-işveren ilişkilerinde devletin çalışma barışı adına gereken önlemleri alacağına dair hükmün madde metninden çıkartılmasıdır. Bu değişiklikte, çalışma barışının sağlanması için alınacak tedbirler sadece işçi ve işverenler için değil, çalışma hayatının her kesimi için öngörülmüş oldu<sup>532</sup>.

### 3.3.4. Sendika Kurma Hakkı

Anayasanın 51. maddesinde yapılan değişikliklerden ilki, eski madde metninde yer alan “işçiler ve işverenler” ibaresinin “çalışanlar ve işverenler” şeklinde değiştirilmesidir<sup>533</sup>. Değişiklikle beraber, sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı, işçi ve işverenlerin tekelden çıkarılmıştır. Madde metnine çalışanlar ibaresinin eklenmesiyle, işçi niteliği taşımayan tüm kamu görevlilerinin de sendikal faaliyetlerde bulunabilmelerine imkan tanınmıştır<sup>534</sup>. Ancak, maddeye eklenen 5. fıkraya göre, çalışanlar ibaresi kapsamında yer alan memurlar ve işçi niteliğinde olmayan diğer görevliler bu haklarını ancak düzenlenecek kanunla kullanılabileceklerdir. Bu da kamu

<sup>529</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 223 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 66 ; Eroğul, a.g.m., 2001, s. 279.

<sup>530</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 66.

<sup>531</sup> Seçkin Nazlı, “Sosyal Haklar ve 2001 Anayasa Değişiklikleri”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yayın No: 1, 2002, s. 60.

<sup>532</sup> Nazlı, a.g.m., 2002, s. 60.

<sup>533</sup> [www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-\(15.08.2003\)](http://www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-(15.08.2003)).

<sup>534</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 224 ; Nazlı, a.g.m., 2002, s. 62.



görevlilerinin bu haklarını işçiler kadar etkin kullanabilmelerine imkan tanımaktadır. Çünkü, kanun koyucuya bu düzenleme ile geniş takdir yetkisi tanınmaktadır. Nitekim, kamu görevlilerine 1995 Anayasa değişiklikleri ile sendika kurma hakkı tanınmış, fakat, kapsamı ancak toplu görüşme yapabilme ile sınırlı tutulmuştur. Sendikal hakların etkin kullanımını sağlayan toplu sözleşme ve grev hakkı tanınmamıştır. Söylenenler doğrultusunda özellikle 1995 yılında sendika kurabilme hakkının tanınması olayı düşünüldüğünde, yapılan değişikliğin konuyla ilgili herhangi bir yenilik getirdiğini söylemek zordur<sup>535</sup>.

51. maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, 13. maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasının sonucu olarak; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden birine veya birkaçına bağlı olarak, sendika hakkının sınırlandırılabilmesine ilişkin değişikliktir. Diğer hak ve hürriyetlerde olduğu gibi, sendika hakkı da madde metninde belirtilen sebeplere dayalı olarak sınırlanabilecektir. Gözler, 51. maddenin eski metninde “sendika ve üst kuruluşların faaliyetlerinin durdurulması veya kapatılması” için mahkeme kararının gerektiğine dikkat çekerek, yeni düzenlemeyle bu hükmü içeren fıkranın kaldırılmasını, sendika hakkı açısından bir güvencenin kaldırılmış olması şeklinde değerlendirmektedir. Buna bağlı olarak, kanun şayet sendikaların kapatılması yetkisini valilere verirse, bu hüküm Anayasaya aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>536</sup>.

2001 Anayasa değişiklikleri ile 51. maddede yapılan bir diğer düzenlemede, aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olunamayacağına ilişkin değişikliktir. Bu değişiklikle, 2821 sayılı Sendikalar kanununun 22. maddesinin ilk fıkrasında bulunan hüküm anayasa metnine dahil edilmiştir. Böylece Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin aynı ya da farklı iş kollarında olmak ayrımına gitmeksizin, çifte sendika üyeliğine izin vermeyen hükmü ortadan kalkmıştır. Değişiklikle beraber, farklı iş

<sup>535</sup> Eroğul, a.g.m., 2001, s. 279-280.

<sup>536</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 346.

kollarında olmak koşuluyla, işçi veya işveren birden fazla sendikaya aynı anda üye olabilecektir<sup>537</sup>.

51. maddenin eski 8. fıkrası, “sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz” biçiminde değiştirilerek, yeni madde metninin son fıkrası olarak yer almıştır. Değişiklikten önceki metinde, yukarıda belirtilen hususların sadece Anayasada belirlenen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamayacağı düzenlenmekteydi. Şimdi yeni düzenlemeyle, Cumhuriyetin salt Anayasa tarafından belirlenmemiş olan nitelikleri de kapsama dahil edilerek, aykırılık kavramının kapsamı genişletilmiştir<sup>538</sup>.

51. madde metninde yapılan değişikliklerden şon ikisi, eski madde metninde yer alan 6. ve 7. fıkra hükümlerinin kaldırılmasıdır. 6. fıkra da yer alan, “herhangi bir işyerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz” hükmü değişiklikle madde metninden çıkartılmıştır. Düzenlemenin madde metninden çıkarılmasının sakıncaları, maddeye değişiklikle eklenen “Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz” hükmüyle bertaraf edilmiştir. Buna bağlı olarak, söz konusu hükmün Anayasadan çıkartılması bu anlamda herhangi bir eksiklik yaratmayacaktır<sup>539</sup>.

51. maddenin 7. fıkrasındaki “işçi sendikası ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartı aranır” hükmü madde metninden çıkartılmıştır. Sendika yöneticisi olmak için 10 yıl gibi uzun bir sürenin makul karşılanması beklenemez. Hatta, Uluslararası Çalışma Örgütü Sendikal Özgürlükler Komitesi’nin hazırladığı bir raporda bu sürenin sendikal özgürlüklerin kullanımını ihlal ettiği, kaldırılmasının uluslararası normlarla uyum sağlanması bakımından olumlu karşılandığı belirtilmiştir<sup>540</sup>.

<sup>537</sup> Nazlı, a.g.m., 2002, s. 63-64 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 67.

<sup>538</sup> Nazlı, a.g.m., 2002, s. 65.

<sup>539</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 224.

<sup>540</sup> Nazlı, a.g.m., 2002, s. 65.

### 3.3.5. Asgari Ücretin Tespiti

Anayasanın 55. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle, asgari ücretin tespitinde esas alınacak kriterlerin neler olduğu yeniden belirlenmiştir. Değişiklikle artık, asgari ücret tespit edilirken, ülkenin ekonomik durumunun yanı sıra, çalışanların geçim şartları da dikkate alınacaktır.

Asgari ücret, çalışanların fiziksel ve kültürel nitelikteki ihtiyaçlarının, insan onuruyla bağdaşacak biçimde asgari bir düzeyde karşılanmasını öngörmektedir. Asgari ücretin tespitinde, çalışanların asgari geçim şartlarının göz önünde tutulmasını öngören değişiklik, ülkemizin ekonomik şartları dikkate alındığında olumlu kabul edilebilecek bir değişikliktir. Ancak, eski madde metninde yer alan “ülkenin ekonomik durumu” ibaresinin yeni metinde de yer alması, bu olumlu gelişmeye gölge düşürebilecek niteliktedir. Şöyle ki, asgari ücretin tespitinde, ülkenin ekonomik şartları, çalışanların geçim şartlarına tercih edilmektedir<sup>541</sup>.

### 3.3.6. Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları

65. maddede yapılan ilk düzenleme madde başlığının değiştirilmesi olmuştur. Eski düzenlemede madde başlığı “sosyal ve ekonomik hakların sınırı” biçiminde düzenlenmişti. Değişiklikle beraber madde başlığı, “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” şeklinde değiştirilerek, madde metnine uygun hale getirilmiştir. Gerçekten de, maddenin konusu kişilerin sosyal ve ekonomik haklarının sınırlarını göstermek değil, devletin bu alandaki görevlerini hangi çerçevede yerine getireceğini belirtmektir<sup>542</sup>. Madde başlığındaki değişiklik, kanun koyucunun sosyal ve ekonomik haklara bakış açısını değiştirmiştir. Kişiler açısından bu haklara bakıldığında; madde başlığı kişilerin sosyal ve ekonomik haklarının sınırlarını ifade etmektedir. Devlet açısından bakıldığında ise, devletin bu alandaki ödevlerinin sınırlarını ifade etmektedir<sup>543</sup>.

<sup>541</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 69.

<sup>542</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 226.

<sup>543</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 70.

65. maddedeki ikinci değişiklik, madde metninde yapılan değişikliklerdir. Buna göre, devlet, sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini yerine getirirken, ekonomik istikrarın korunması kaygısı taşımaksızın, yerine getireceği görevlerin önceliklerini gözetme yükümlülüğü altına sokulmuştur. Devlet, sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini ancak, mali imkanları ölçüsünde yerine getirecektir. Gözler, eski metinde yer alan “ekonomik istikrarın korunmasını gözetme” sınırının kaldırılmasını, devletin ekonomik istikrara fazlasıyla ihtiyaç duyduğu bu zamanlarda, kanun koyucunun konuya duyarsızlığı olarak nitelendirmektedir. Devlet, kendini sınırlayan bir hükümlerle karşılaşmayınca, kişilerin sosyal ve ekonomik haklarını gerçekleştirmek için harcama yapacaktır. Bu da ekonomik istikrarın bozulmasına, dolayısıyla ekonominin bozulmasına yol açacaktır<sup>544</sup>.

### 3.4. Siyasal Haklarla İlgili Değişiklikler

#### 3.4.1. Türk Baba veya Türk Annenin Çocuğunun Vatandaşlığı

2001 Anayasa değişiklikleri ile 66. maddede yer alan “yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” hükmü Anayasadan çıkartılmıştır. Yürürlükten kaldırılan düzenleme, yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığını belirleme yetkisini kanun koyucuya vermektedir. Kadın ve erkek arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle bu hüküm Anayasadan çıkartılmıştır<sup>545</sup>.

“Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” hükmünün Anayasadan çıkartılması, sanki yabancı babadan ve Türk anadan doğan çocuğun vatandaşlığının farklı bir şekilde düzenlendiği izlenimi vermekteyse de, 11 Şubat 1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 1. maddesi “Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşdırlar” yönündeki düzenlemesi ana ve baba yönünden vatandaşlığın kazanılması bakımından farklı bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla Anayasanın 66. maddesinin eski şeklinde ana ve baba açısından eşitsizliğe yol açan bir hüküm olsa da,

<sup>544</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 332.

<sup>545</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 226-227.

uygulamada yukarıda ifade edildiği gibi herhangi bir eşitsizlik yoktu<sup>546</sup>. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa değişikliği uygulamada herhangi bir değişiklik yaratmamıştır.

### 3.4.2 Taksirli Suçlardan Mahkum Olanların Oy Kullanabilme Hakkı

Anayasanın “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” başlığını taşıyan 67. maddesinin 5. fıkrasında yapılan değişiklikle, işlemiş oldukları taksirli suçlar sebebiyle hüküm giymiş olan kişilerin ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde oy kullanabilmelerine imkan tanınmış oldu. Maddenin eski düzenlemesi, suçun niteliğine ilişkin olarak herhangi bir ayırım öngörmeyerek, ceza ve tutukevlerinde bulunan bütün hükümlüler için oy kullanmayı yasaklamıştı. Genel olarak olumlu karşılanan bu değişiklikle, yaptığı eylemi isteyen fakat neticesini arzu etmeyen kişilerin, bu şekilde cezalandırılması, adalet duygusunu inciten bir durumdu, bu duruma son verilerek söz konusu adaletsizlikte ortadan kaldırılmış oldu<sup>547</sup>.

67. maddede yapılan diğer bir değişiklikle, “seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz” hükmü getirilmiştir. Böylece, iktidar partileri Meclis’deki çoğunluklarına güvenerek bir sonraki seçimlerde kendilerine avantaj sağlayacak kanuni düzenlemeleri yaparak hemen seçime gidemeyeceklerdir. Ancak, anayasa değişikliği hakkındaki kanunun geçici maddesinin A bendi gereğince, Anayasaya eklenen bu hükmün, Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak olan ilk genel seçimlerde uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hüküm, seçime giren siyasi partiler açısından bir sonraki seçime kadar güvence oluşturmaktadır. Çünkü, gelecek seçimlerde, kanun koyucu, seçimlerden önce, bir yılla bağlı kalmaksızın, istediği an seçimlere gidebilecektir<sup>548</sup>.

<sup>546</sup> Gözler, a.g.m., 2002, s. 336 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 71.

<sup>547</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 227 ; Eroğul, a.g.m.k., 2001, s. 280 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 73.

<sup>548</sup> Tülen, a.g.m., 2001, s. 227-228 ; Eroğul, a.g.m.k., 2001, s. 280 ; Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 73.

### 3.4.3. Siyasi Partilerin Uyacakları Esaslar

Anayasanın 69. maddesi kapsamında yapılan değişiklikler esasen iki noktada toplanmaktadır. Birincisi, siyasi partilerin kapatılmalarına ilişkin düzenlemedir. İkincisi, siyasi partilerin kapatılmaları dışında, devlet yardımından yoksun bırakılmalarını öngören düzenlemedir.

1982 Anayasasının 69. maddesinde 23.7.1995 tarihinde yapılan değişiklikle, bir siyasi partinin 68. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan hükümlere aykırı eylemlerinden dolayı temelli kapatılabilmesi için ancak, siyasi partinin 68. maddenin dördüncü fıkrası kapsamında nitelendirilebilecek fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi gerektiği hükmü getirilmişti. Madde metninde bahsedilen “odak olma” durumu, Siyasi Partiler Kanunu’nun 103. maddesinde 12.8.1999 tarihinde yapılan değişiklikle tanımlanmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi 1995 Anayasa değişiklikleri sonrası kendisine açılan parti kapatma davalarında “odak olma” durumunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Siyasi partilerin odak olma durumlarını düzenleyen 103. maddenin iptal edilmesiyle, siyasi partilerin kapatılmasında Anayasa Mahkemesi geniş bir takdir yetkisine kavuşmuş oldu<sup>549</sup>.

2001 Anayasa değişiklikleri ile 69. maddenin 6. fıkrasına eklenen uzun bir cümleyle, Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakılan “odak” haline gelme olgusu tanımlanmıştır. Buna göre, “Bir siyasi partinin 68 inci Maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince *yoğun bir şekilde işlendiği* ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut

<sup>549</sup> [www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-\(15-08-2003\)](http://www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-(15-08-2003)) ; Yusuf Şevki Hakyemez, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerine Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, Antalya 2002, s. 554.

bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca *kararlılık içinde işlendiği takdirde*, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır<sup>550</sup>.

Madde metninde belirtilen odak olma kavramı kapsamında, “yoğunluk”, “kararlılık” ve “benimseme” sayılmaktadır. “Yoğunluk”, kapatılacak siyasal partinin yasaklanan eylemlerin odağı olduğu izlenimini rahatlıkla verebilecek bir yoğunlukta faaliyette bulunmasıdır. Bundan sonra siyasi partiler, yasaklanan eylemlerin odağı olma izlenimi vermeyecek bir veya birkaç yasak eyleminden dolayı kapatılamayacaktır. Odak olmayı sağlayacak eylemlerin sayısını belirleme yetkisi Anayasa Mahkemesindedir. Refah Partisinin kapatılması davasında, partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu 10 civarında somut eylem ile tespit edilmiştir<sup>551</sup>.

Siyasi partilerin kapatılmalarında odak olma kriterleri kapsamında yer alan ikinci unsur “kararlılıktır”. “Kararlılık”, yasaklanan eylemler üzerinde bir anlayış birliğinin bulunması gerekmektedir. Partinin üyeleri ile yönetim arasında ya da başka bir ifade ile yasaklanan eylemleri gerçekleştiren üyelerle partinin yetkili birimlerinin bütününde en azından bir anlayış birliği olmalıdır. Anayasanın 68. maddesinde belirtilen ilkelere aykırı fiillerin, siyasi partinin genel merkezi ve yetkili organları tarafından işlenmesi bu faaliyetlerin “benimsendiğini” gösterir<sup>552</sup>.

69. maddede yapılan bir başka değişiklik, siyasi partilerin temelli kapatılması yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre, ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılabileceğinin hükme bağlanmasıdır. Bu değişiklik hükmü için herhangi bir gerekçe kanun koyucu tarafından gösterilmemiştir. Ancak, bugüne kadar pek çok siyasi partinin Türk siyasal yaşamından silinmesi bu yeni yaptırımın Anayasaya konmasında etkili olmuştur. Yapılan değişiklikler kapsamında Anayasa Mahkemesi dava konusu fiilin ağırlığına göre, bir siyasi parti hakkında artık ya kapatma, ya Devlet yardımlarından kısmen yoksun bırakma ya da Devlet

<sup>550</sup> Hakyemez, a.g.m., 2002, s. 556.

<sup>551</sup> Hakyemez, a.g.m., 2002, s. 557.

<sup>552</sup> Hakyemez, a.g.m., 2002, s. 557-559.

yardımlarından tamamen yoksun bırakma yaptırımlarından sadece birisini verebilecektir<sup>553</sup>.

69. maddede yapılan son değişiklik ise, siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları, devlet yardımlarından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamalarının madde metninde ifade edilen esaslar çerçevesinde kanunla belirleneceğine ilişkin düzenlemedir. Bu düzenleme suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince yapılan bir düzenlemedir<sup>554</sup>.

#### 3.4.4. Yabancıların Dilekçe Hakkı

Dilekçe hakkının düzenlendiği 74. maddede, iki değişiklik yapılmıştır. İlki, Türkiye’de ikamet eden yabancılar dilekçe hakkının karşılıklılık esasına göre tanınması; ikincisi ise, kendileri ile ilgili konularda dilekçe hakkını kullanan kişilerin dilekçelerine gecikmeksizin yazılı olarak cevap verilmesidir.

Değişiklikten önceki düzenlemede sadece vatandaşlara kendileriyle ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve TBMM’ye yazı ile başvurma hakkı tanınmaktaydı. Dilekçe hakkının sadece vatandaşlara tanınması eleştiri konusu olmaktaydı. Özellikle, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un, yabancılar teminat yatırma şartıyla Türkiye’de dava açabilmelerine imkan tanınması, hatta karşılıklılık esasının kabul edildiği durumlarda bu teminatın dahi aranmadığı kabul edilirse, dilekçe hakkının tanınmaması haklı bir eleştiri konusudur<sup>555</sup>. Yapılan değişiklikle, vatandaşların yanısıra Türkiye’de ikamet eden yabancılar da dilekçe hakkından yararlanma imkanı sağlanmaktadır. Bu hakkın yabancılar tanınması için yabancıların Türkiye’de ikamet etmelerinin yanısıra, karşılıklılık esasının da arandığı vurgulanmıştır. Yani, Türkiye’de ikamet eden bir yabancıların kendisi ile veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetini kullanabilmesi için, aynı hakkın söz konusu yabancıların ülkesinde ikamet eden Türk vatandaşlarına da tanınmış olması gerekmektedir.

<sup>553</sup> Hakyemez, a.g.m., 2002, s. 563-564.

<sup>554</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 76.

<sup>555</sup> Çiçekli ve Eryılmaz, a.g.m., s. 77.



Madde metninde yapılan ikinci değişiklik, birinci fıkrada hükümlerince kendilerine dilekçe hakkı tanınan Türk vatandaşlarının ve yabancı uyrukluların gerek kendileri gerekse kamu ile ilgili şikayetlerine, gecikmeksizin yazılı olarak cevap verileceğinin hükme bağlanmasıdır. Bu hükümlerle, devletin ve kamu kurum ve kuruluşlarının, vatandaşların ve karşılıklılık esasına göre yabancıların şikayetleri karşısında kayıtsız kalmasının önüne geçilmek istenmiştir. Buna bağlı olarak, devletin hantal işleyen bürokrasisinin de önüne geçilebilecektir. Değişiklikle, vatandaşların ve yabancıların şikayetlerine devlet ve kamu kuruluşlarının ilgisiz kalamayacağına vurgu yapılmıştır. Kanaatimizce yapılan her iki değişiklik de olumlu değişikliklerdir.



## SONUÇ

İnsanoğlu, Anayasalara, devletin temel yapısını ve organlarını belirleme görevinin yanı sıra, temel hak ve hürriyetleri güvenceye kavuşturma gibi önemli bir misyon daha yüklemiştir. Söz konusu misyonu hakkıyla yerine getirebilen anayasalar tarih sahnesinde uzun yıllar hayat bulabilmişler, bunu başaramayanlar ise perdelerini kapatmak zorunda kalmışlardır.

Anayasalar; siyasal, sosyal, ekonomik, teknolojik belirleyicilerin gelişmesine paralel olarak gelişme ve değişkenlik gösteren insan ihtiyaçları karşısında kayıtsız kalamayacaklardır. Yürürlük kazandıkları zamanın izlerini üzerinde taşıyacak olan anayasalar, sadece günün koşullarını göz önüne alarak insan hak hürriyetlerine ilişkin düzenlemelerle yetinmemeli yarının veya yarınların sorunlarına da çözüm üretebilecek bir niteliğe sahip olmalıdırlar.

Çeşitlilik gösteren insan ihtiyaçlarının arasında bir ihtiyaç vardır ki, o da, insan olmanın kendine verdiği bir takım hak ve hürriyetlere saygı gösterilmesidir. Bu hak ve hürriyetlerin saygınlığını koruma görevi anayasalara düşmektedir. Anayasalar, söz konusu hak ve hürriyetleri tanıdığı ve koruduğu müddetçe bu görevi yerine getirmiş olacaklardır.

12 Eylül 1980 Askeri darbesinin ürünü olan 1982 Anayasası, yürürlük kazandığı tarihten itibaren toplumun hiçbir kesimini tam olarak tatmin edememiş, değişik kesimlerden çok çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. 2001 Anayasa değişikliklerine gelinceye kadar yapılan 5 Anayasa değişikliği bu memnuniyetsizliğin birer ifadesidir. 2001 Anayasa değişikliklerine gelene kadar geçen 19 yıllık sürede bir anayasada 5 kez yapılan değişiklik ve bundan sonrada yapılacak muhtemel değişiklikler 1982 Anayasasının, insanların ihtiyacına çözüm olamayacak bir niteliğe sahip olduğunun açık göstergeleridir.

1982 Anayasasında 2001 değişikliklerine gelinceye kadar gerçekleştirilen 5 Anayasa değişikliği kapsamında toplam 24 madde değişikliğe uğramıştır. Adeta pişmiş aşı su katılmış ve yemeğin miktarı artırılarak millete servis yapılmıştır. Damak tadına

güvenilen Türk halkı yemeğin servisinden memnun kalsa da, lezzetinden memnun kalmamıştır. Yapıldığı dönemin izlerini taşıyan 1982 Anayasasında gerçekleştirilen değişiklikler, devletin insan haklarına bakış açısını demokratik dünya ile paralellik gösterecek biçimde değiştirme gayretinde olması bakımından memnuniyetle karşılanmış fakat, bu değişiklikler Anayasanın tamamen değiştirilmesi gerektiği gerçeğini hiç bir zaman ortadan kaldırmamıştır.

Yükselen değer olan insan hak ve hürriyetlerinin siyasal iktidar karşısında güvence altına alan uluslararası sözleşme hükümleri, toplumlar arası iletişimin daha etkin yaşandığı son yüzyılın ikinci yarısında bir çok ülkenin Anayasalarında yerini aldı. Türkiye’de söz konusu sözleşmelerin altına imza atmakta gecikmedi. Nitekim, Türkiye, İHEB’ne kabulünden yaklaşık 4 ay, AİHS’ne 6 ay sonra taraf oldu. Türkiye, uluslararası sözleşmelere taraf olmak için gösterdiği heyecanı, bu sözleşmelerde yer alan hakların uygulanmasında gösterememiştir. Buna gerekçe olarak da Türkiye’nin kendine özgü şartları gösterilmiştir. Ayrıca, Türk demokrasinin zaman zaman kesintiye uğramış olması da söz konusu hakların uygulanamamasında etkili olmuştur.

1982 Anayasası, kazuistik metotla hazırlanmış bir anayasa olduğu için, günün değişen ve gelişen ihtiyaçlarının karşısında çaresiz kalmaktadır. Katı nitelikte bir anayasa olduğu içinde söz konusu ihtiyaçlara kısa sürede cevap veremeyecektir. Bu da sık sık Anayasa değişikliklerini gündemin ayrılmaz bir parçası haline getirecektir.

Anayasa değişikliğine dair kanunun gerekçesinde, toplumun ihtiyaç ve beklentilerinin karşılanması için değişikliklere ihtiyaç duyulduğuna vurgu yapılmıştır. Yine yapılan değişikliklerle, Anayasanın çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkartan bir anayasa olması amaçlanmıştır. 2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında yer alan bir çok maddenin gerekçesinde (Anayasanın 13,14,19,20,21,26,31,34,36 ve 38. maddeleri) AİHS ile uyumlu hale getirilme çabası vardır. Özellikle de Avrupa Birliği’ne tam üyelik sürecinde, insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi evrensel demokrasilerin belirgin özellikleri açısından ülkemizin karnesinin zayıf olması ve acilen düzeltilmesi gereği, siyasal iktidarın Anayasada bir takım revizyona gitmesine neden olmuştur.

4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişiklikleri toplam 35 maddedir. Söz konusu değişikliklerin, biri Anayasanın başlangıç bölümünde, yirmibeş tanesi Anayasanın “temel haklar ve ödevler” kısmında gerçekleştirilirken, beş tanesi Anayasanın “yasama” bölümünde, bir tanesi “yürütme” bölümünde, iki tanesi de “yargı” bölümünde gerçekleştirilmiştir. Bu tabloya baktığımızda değişikliklerin yaklaşık %85’inin temel hak ve hürriyetlere ilişkin yapıldığını görmekteyiz.

2001 Anayasa değişiklikleri içinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin olanlarının incelendiği bu çalışmamızda Anayasanın başlangıç bölümündeki değişiklikte dahil olmak üzere ilk yirmialtı değişiklik incelenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili olarak yapılan Anayasa değişikliklerine göz attığımızda, ilk dikkat çeken değişikliğin, Anayasanın değişiklikten önceki 13. maddesinde yer alan ve Anayasada yer alan bütün temel hak ve hürriyetler için geçerli olan genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasıdır. Değişiklikle kaldırılan genel sınırlama sebeplerinin yerine artık her bir maddede yer alan özel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında kullanılacaktır. Böylece, AİHS’nin temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasındaki sistemi benimsenmiş oldu. 13. maddede yer alan “milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlığın korunması ve genel ahlakın korunması” artık genel sınırlama sebebi olmaktan çıkartıldı. 20,21,22,26,31,33 ve 34. maddelerde yapılan değişikliklerle yukarıda sayılan sınırlama sebepleri bu maddelerde özel sınırlama sebepleri olarak öngörüldü. Ayrıca değişiklikle, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında “öze dokunmama ve “ölçülülük” ilkesi gibi ek güvenceler öngörüldü. Bununla beraber, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, hak arama hakkı, suç ve cezalara ilişkin esaslarda yapılan değişikliklerle kişi hak ve özgürlüklerinin kapsamı biraz olsun genişletilmeye çalışılmıştır.

Anayasanın “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” kısmında yapılan değişiklikler arasında, kamulaştırmada gerçek karşılık esasının öngörülmesi, kesin hükme bağlanan artırım bedellerinin peşin olarak ödenmesi ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedeli için kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz haddinin uygulanması olumlu karşılanmıştır. Bunun dışında yapılan değişiklikler (eşler arasında eşitlik, çalışma hakkı ve işsizlerin korunması, sendika kurma hakkı, asgari

ücretin tespiti ve devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı) herhangi bir yenilik getirmeyen nitelikte değişikliklerdir. Bu bölümde gerçekleştirilen kimi değişiklikler kelimelerde kalırken, kimileri mevcut anayasal ve yasal hükümleri tekrar etmekten öteye gidememiş, kimileride, söz konusu temel hak ve hürriyetlerin devletin mali imkanları ölçüsünde gerçekleştirilebileceğini ifade ederek, siyasi iktidarın, temel hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesi noktasında kişilere zemin hazırlama görevini ihmal anlamına gelecek kısır bir tutum sergilediğini gözler önüne sermektedir.

Anayasanın “siyasal haklar ve ödevler” kısmında yapılan değişiklikler arasında taksirli suçlardan hüküm giymiş olanlara oy kullanma hakkı tanıyan değişiklik, çoğulcu ve katılımcı demokrasinin önündeki bir engelin daha kaldırılması açısından olumlu bir değişikliktir. Siyasi partilerin kapatılmalarına ilişkin olarak “odak haline gelme” kriterinin çerçevesi yeniden ve kesin hatlarla belirlendi. Bu değişiklik, ülkemizdeki parti kapatma davalarına ilişkin çelişkileri giderme adına olumlu bir değişikliktir. Siyasi partilerin kapatılmalarını gerektiren bir fiili işlemleri halinde kendilerine uygulanacak müeyyide kapsamı genişletildi. Kapatma kararının yanı sıra, dava konusu fiilin ağırlığına göre, kısmen veya tamamen devlet yardımından mahrum bırakılma müeyyidesi öngörülerek, katılımcı demokrasinin canlı tutulması amaçlanmıştır.

2001 Anayasa değişikliklerine toplumun farklı kesimlerinden farklı eleştiriler gelmiştir. Kimi toplum kesimleri, medya ve siyasiler, değişikliklerle ilgili olarak aşırı iyimser bir tablo çizerken, kimileri de hukuk düzeninde hiçbir değişikliğe yol açmadığını hatta zararlı olduğu iddiasında bulunmuşlardır. Bizimde katıldığımız görüş yanlıları ise, yapılan değişikliklerin bir kısmını olumlu karşılarken, bir kısım değişikliklere ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Yukarıda ifade ettiğimiz anayasa değişiklikleri, bu değişikliklerin arkasındaki mentalite dönüşümü, bu zihniyet farklılaşması bir bütün halinde değerlendirilmiştir. Sonuç itibari ile, söz konusu değişikliklerin konjonktürel olduğu, esas içermediği, değişimi ve dönüşümü belirleyicisi olan ana aktörlerin, toplumun ihtiyaçlarını temel almaktan ziyade günü kurtarmaya yönelik palyatif tedbirler aldığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, 2001 Anayasa değişiklikleri toplumdaki beklentilere tam olarak

cevap verebilmiş değildir. Toplumun tamamını kuşatacak, beklentilere tam anlamıyla cevap verebilecek bir Anayasaya olan gereksinim dün olduğu gibi bugünde mevcuttur. Suni çözümler üreterek bu sorunun üstesinden gelinemez. Çözüm, demokrasiyi rehber edinmiş, hukukun üstünlüğünden ödün vermeyen, insan hak ve hürriyetlerini sağlam güvencelere kavuşturmuş bir anayasadan geçmektedir.



## KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995.
- AKIN, İlhan F., **Kamu Hukuku**, Beta Basım Yayım, 6. Bası, İstanbul 1993.
- AKTAN, Coşkun Can, “Özgürlüklerin İki Boyutu: Siyasal Özgürlükler ve Ekonomik Özgürlükler”, **Yeni Türkiye**, S. 22, 1998.
- ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.
- \_\_\_\_\_, “Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 24, Sayı 2, Haziran 1991.
- ARGUN, Fazilet Nurel, “Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Milletlerarası Sosyal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 2, 1999.
- ARSLAN, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.
- ATAR, Yavuz, “Anayasa Yapımında İnsan Haklarının Düzenlenmesi ve Sınırlanmasıyla İlgili Tercihler”, **Yeni Türkiye**, S. 21, 1998.
- \_\_\_\_\_, “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, **Yeni Türkiye**, S. 22, 1998, 2003.
- \_\_\_\_\_, **Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Mimoza Yayınları, Konya 2000.
- \_\_\_\_\_, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya 2002.
- \_\_\_\_\_, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar**, Mimoza Yayınevi, 2. Baskı, Konya 2002.

- AYAN, Mehmet, **Medeni Hukuka Giriş**, Mimoza Yayınları, Konya 2003.
- BATUM, Süheyl, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Kriterleri”, **Siyaset**, Temmuz 2002.
- \_\_\_\_\_, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İ.Ü. Yayınları No: 3761, İstanbul 1993.
- BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ, Akif, POYRAZ, Yasin, **Devletler Hukuku**, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2001.
- \_\_\_\_\_, **Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Ankara 1999.
- \_\_\_\_\_, **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2003.
- BULUT, Nihat, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜEHFD**, Cilt: V, Sayı 1-4, 2001.
- \_\_\_\_\_, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, **AÜEHFD**, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000.
- CAN, Osman, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, **Anayasa Notları**, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul 1997.
- \_\_\_\_\_, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No-1, Ankara 1994.
- ÇELİK, Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı 1-3, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1988.



ÇETİNER, Ufuk, “Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durum”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 60, 2002.

ÇİÇEKLİ, Bülent, ERYILMAZ, M. Bedri, “Son Anayasa Değişikliği Üzerine Düşünceler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 60, S. 1, 2002.

DÖNER, Ayhan, **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003.

ERGUN Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002.

EROĞUL, Cem, “Üçüncü Anayasa Değişikliği”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Cilt XIX, Sayı 183, Eylül 1995.

\_\_\_\_\_, “Altıncı Anayasa Değişikliği”, **Mülkiye**, C.25, sayı 231, Kasım-Aralık 2001.

\_\_\_\_\_, **Anatüzeeye Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş)**, İmaj Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2000.

FENDOĞLU, H.Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13.):”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.

FEYZİOĞLU, Metin, “ Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği İle 4471 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”  
[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum\\_vezasi.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/olum_vezasi.htm)(10.02.2004).

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye -1- : Kabuledilebilirlik Kararları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997.

GÖKÇE, Birsen, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama””, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 49, No 1-2, Ocak-Haziran 1994.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1998.

GÖZEL, Yaşar, “İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri”, **Polis Dergisi**, 6 (21), Mart 2000.

GÖZLER, Kemal **Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma**, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2001.

\_\_\_\_\_, **Anayasa Hukukuna Giriş-Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, 2003.

\_\_\_\_\_, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi, Bursa 1999.

\_\_\_\_\_, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.

\_\_\_\_\_, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2000.

\_\_\_\_\_, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği” **Anayasa Yargısı**, S.19, Antalya 2002.

\_\_\_\_\_, **Kurucu İktidar**, Ekin Kitabevi, Bursa 1998.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, **Anayasa Hukuku Anayasa Metni**, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara 1995.

\_\_\_\_\_, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2003.

GÜLMEZ, Mesut, “Avrupa Sosyal Şartına Genel Bir Bakış ve Türkiye”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 12, 1990.

GÜLŞEN, Recep, “Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38 Deki Değişiklik”, **KHuka Kamu Hukuku Arşivi**, Cilt IV, Sayı 2, Eylül, 2001.

GÜNEŞ, Metin, “İnsan Hakları Hukukunda Taraf Olduğumuz Uluslararası Belgeler ve T.C. Anayasası Yönünden Yaşama Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 2, 2000.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2001.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “1982 Anayasası’nda 1995 Değişiklikleri ve Demokratik Toplum”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 1996.

\_\_\_\_\_, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerine Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 19, Antalya 2002.

\_\_\_\_\_, “İnsan Hakları Standardının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03-10-2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri”, **Ünal Tekinalp’e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk**, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

HAMZAOĞLU, Serap, “Türk Anayasalarında Anayasanın Değiştirilmesi Sorunu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 1993.

[http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag\\_kri.html](http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html) (04-12-2003).

İÇEL, Kayıhan, “Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku”, **Anayasa Dergisi**, Sayı 17, Ankara 2000.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Dayanışma Hakları’nın Hukuksal Değeri: Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?”, **İnsan Hakları Yıllığı**, 13, 1991.

\_\_\_\_\_, **Özgürlükler Hukuku**, Afa Yayınları, İstanbul 1993.

KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2001.

\_\_\_\_\_, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993.

KILIÇ, Ramazan, **Türkiye- Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük Birliği**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002.

- KOCAOĞLU, A. Mehmet, “İnsan Hakları Çerçevesinde Ekonomik ve Sosyal Hakların Vazgeçilemez Önemi”, **Yeni Türkiye**, S.22, Temmuz-Ağustos 1998.
- Kopenhag Siyasi Kriterleri Işığında Türkiye'nin Alması Gereken Önlemler Demokrasi Hukukun Üstünlüğü İnsan Hakları Takvimi, Başbakanlık İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Sekreteryası Eşgüdümünde Hazırlanan Rapor, **Yeni Türkiye**, S.36, 2000.
- LİJHART, Arend, **Çağdaş Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri**, (Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Yetkin Yayınları, Ankara, Tarihsiz.
- MEMİŞ, Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara 2000.
- NAZLI, Seçkin, “Sosyal Haklar ve 2001 Anayasa Değişiklikleri”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yayın No: 1, 2002.
- OĞURLU, Yücel **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2002.
- ONAR, Erdal, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara 1993.
- ÖNGÖREN, Gürsel, “Medya ve İnsan Hakları”, **Yeni Türkiye**, S. 22, Temmuz-Ağustos 1998.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1993.
- REİSOĞLU, Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2001.
- SAĞLAM, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.
- SAĞLAM, Fazıl, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, Antalya 2002.

- \_\_\_\_\_, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 4, Ankara 1982.
- SANCAR, Mithat, “İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, Haziran 1992.
- SEROZAN, Rona, “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, **İÜHFM.**, Cilt XXXVII, Sayı 1-4, 1972.
- SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 1993.
- ŞENOĞLU, Fuat “T.C. 1982 Anayasasında Temel Hakların Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırı” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 1995.
- TANİLLİ, Server, **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**, Say Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 1981.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2002.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayım, 7. Bası, İstanbul 2001.
- TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1982.
- TUNÇ, Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara 2000.
- \_\_\_\_\_, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 1999.
- TÜLEN, Hikmet, “3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, **AÜEHFD**, Cilt V, Sayı 1-4, 2001.

\_\_\_\_\_, “Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği Tartışmaları”, **AÜEHFD**, C.IV, Sayı 1-2, 2000.

UYGUN, Oktay **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.

UZUN, Turgay, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de İnsan Hakları”, **Yeni Türkiye**, Sayı 35, Eylül-Ekim 2000.

WHEARE, K.C., **Modern Anayasalar**, (Çev. Mehmet Turhan ), Değişim Yayınları, İstanbul 1984.

[www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-\(15-08-2003\)](http://www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-(15-08-2003)).

[www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-\(15-08-2003\)](http://www.tesev.org.tr/temmuz2002/t7.html.-7k-(15-08-2003)).

YAYLA, Yıldızhan, “Dernek, Vakıf ve Sendikalara İlişkin Anayasa Değişiklikleri – 1995”, **Coşkun Kırca’ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 1996.

YÜKSEL, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Sayı: 108, Kasım 2000.

YOKUŞ, Sevtap “Avrupa Birliği’ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye’de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları”, **İÜHFİM**, C. LXI, Sayı: 1-2, 2003.

ZABUNOĞLU, Yahya K., “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, **Yeni Türkiye**, Sayı 22, 1998.

## DİZİN

- Adil yargılanma hakkı, 133
- Aktif statü hakları, 54
- Anayasa, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 39, 46, 47, 51, 59, 62, 67, 68, 69, 70, 72, 78, 81, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 122, 126, 127, 128, 131, 132, 134, 135, 137, 140, 141, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168
- Anayasa değişikliği, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 39, 87, 88, 90, 95, 101, 131, 148, 153, 154
- Anayasa Mahkemesi, 62, 67, 68, 69, 70, 72, 91, 92, 106, 108, 111, 113, 114, 115, 117, 149, 150, 163, 164
- Anayasal haklar, 46
- Asgari ücret, 146
- Asli kurucu iktidar, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 25, 26
- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 66, 102, 160
- Avrupa Konseyi, 57, 61, 65, 71, 73, 76, 77, 78, 139
- Bakanlar Kurulu, 27, 64, 73
- Birleşmiş Milletler Örgütü, 61
- Cumhurbaşkanı, 36, 37, 38, 39, 96
- Değişiklik teklifi, 27, 98
- Demokrasi, 18, 81, 83, 114, 163, 164
- Ferman tipi anayasa, 8
- Fransız Anayasası, 22
- Genel ahlak, 111
- Genel sağlık, 111
- Genel sınırlama sebepleri, 101, 103
- Hak, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 50, 53, 55, 61, 65, 95, 96, 100, 101, 102, 105, 106, 111, 115, 119, 139, 158, 159, 160, 163, 165, 167, 168, 169
- Halk oylaması, 35
- Helsinki Zirvesi, 80, 81, 168
- Hiçbir düşünce ve mülahaza, 98
- Hiyerarşik yöntem, 10
- Hürriyet, 42, 43, 44, 47, 167
- İçkin sınırlar, 52
- İnsan hakları, 45, 48, 49
- İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 63, 64
- İsviçre Federal Anayasası, 24
- Kamu düzeni, 110, 131
- Kamulaştırma, 141, 169
- Kanun, 24, 28, 35, 39, 66, 99, 107, 121, 124, 129, 132, 133, 136, 137, 138, 141, 151, 160
- Karma teori, 43
- Katı anayasa, 7
- Kopenhag Kriterleri, 78, 79, 80, 81, 159, 162, 168
- Lex posterior, 71
- Mağna Carta Libertatum, 12

Milli güvenlik, 110  
Modern Anayasalar, 2, 165  
Mülkiyet hakkı, 58  
Negatif statü hakları, 53  
Odak olma, 150  
Ölçütülük ilkesi, 117  
özel hayatın gizliliği, 55, 122, 125, 155  
Pozitif hukuk, 24, 46  
Pozitif statü hakları, 54  
Resmi Gazete, 35, 37, 38, 39, 64, 95  
Seçim, 39  
Senato, 7  
Sendika, 143, 145, 169  
Siyasal hak ve hürriyetler, 58  
Siyasal iktidar, 5, 47  
Siyasi parti, 90, 149, 150, 156  
Sosyal adalet, 58  
Sözleşme yöntemi, 11, 12  
Şekli anlamda anayasa, 4  
Tali kurucu iktidar, 18, 19, 20, 21, 22,  
23, 24, 25  
TBMM İç Tüzüğü, 28  
Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, 131  
Türk Silahlı Kuvvetleri, 62  
Türkiye Büyük Millet Meclisi, 95, 137,  
149  
Weimar Anayasası, 25  
Yumuşak anayasa, 6