

T.C.
ABANT İZZET BAYSAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

1982 ANAYASASINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN
SINIRLANDIRILMASI VE SINIRLAMANIN SINIRINI
OLUŞTURAN ANAYASAL ÖLÇÜTLER

Abdullah TOPAL

Şubat-2009

T.C.
ABANT İZZET BAYSAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI

1982 ANAYASASINDA TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI VE
SINIRLAMANIN SINIRINI OLUŞTURAN ANAYASAL
ÖLÇÜTLER

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan
Abdullah TOPAL

Danışman
Yrd.Doç.Dr. Fethi KILIÇ

Bolu – 2009

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE,

Abdullah TOPAL'a ait **"1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Anayasal Ölçütler"** adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Yönetimi Anabilim Dalında YÜKSEKLİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Üye(Tez Danışmanı) : Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ

Üye : Yrd. Doç. Dr. Saadet AYDIN

Üye : Doç. Dr. Mehmet DALAR

Prof. Dr. Uğur ESER

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ABSTRACT

THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS in 1982

and

THE COSTITUTIONAL CRITERIA OF RESTRICTION’S LIMITS

Abdullah TOPAL

Thesis of Master

Division of Public Administration

Thesis Advisor: Yrd. Doç. Dr. Fethi Kılıç

February, 2009, 154 Page

The terms as “civil rights” and “civil freedoms” has been used to mention about rigths and freedoms which is provided to people in democratic societies.

Fundamental rights is a part of human rights which is accepted and arranged by substantive law.

Defining limits of rights, inferring how they are used, regulation of them are necessary for existence of rights and their having a practical value according to person aspect. As different as 1924 Constitutions' approach of restrictions on fundamental rights and freedoms, The 1961 and 1982 Constitutions adopted in principle the protective measures for fundamental rights and freedoms against the arbitrarily acts of legislature.

The 1982 Constitution has gone to comprehensive amendment way especially on rights and freedoms by the Law 4709 in 2001. In here, Turkey's key objective is the aim of to be European Union's member. Essence variant is fundamental rights and freedom amended by The Law 4709. It can be said that the aim of this amendment is to get the standard of European Union and to keep up with global developments that coming into existence about human rights.

According to Article 13 of The 1981 Constitution as amended by The Law 4709, fundamental rights and freedoms may be restricted only by laws. As the limit of restrictions, the essence of the right may not be infringed, they shall not be in conflict with the requirements of the democratic order of society, the secular republic and the principle of proportionality.

This study which named as "The Fundamental Rights and Freedoms in 1982 and The Constitutional Criteria Of Restriction's Limits" has been occurred three parts. In the first part, knowledge which is about in terms right and freedom and their

history has been given. In the second part, terms about rights and freedoms and restriction them in Constitution have been investigated. In the last part, constitutional criteria about limits of restriction fundamental rights and freedoms in the 1982 Constitution have been analyzed with their details.

With this study, existent arrangement about restriction rights and freedoms after 2001 amendment in 1982 Constitution has been viewed. To introduce the difference between 1961 Constitution and previous situation before amendment in 1981 Constitution, to maintain an opinion about Turkey's Development line on human rights, to analyze efficiency of constitutional protecting measures which is occurred the limit of restriction are composed as the aims of this study.

Key Words: Human Rights, Fundamental Rights, 1982 Constitution, Restriction of Fundamental Rights.

ÖZET

1982 ANAYASASINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI VE SINIRLAMANIN SINIRINI OLUŞTURAN ANAYASAL ÖLÇÜTLER

Abdullah TOPAL

Yüksek Lisans Tezi

Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ

Şubat 2009, 154 Sayfa

Kişiye tanınan hak ve özgürlükleri anlatmak için demokratik toplumlarda “kişi hakları”, “kamu özgürlükleri”, “temel haklar” gibi terimler kullanılmaktadır. Temel haklar, insan haklarının pozitif hukukça tanınmış ve düzenlenmiş olan kısmıdır.

Hürriyetlerin var olabilmeleri, kişi yönünden pratik bir değer ifade edebilmeleri için, onların sınırlarının belirtilmesi, kullanılma yollarının gösterilmesi, ayrıntılı kurallarla çerçevelenmesi, kısaca düzenlenmeleri gereklidir. 1961 ve 1982

Anayasaları 1924 Anayasasının sınırlama anlayışından farklı olarak, temel hak ve özgürlükleri yasama organının keyfi davranışlarına karşı koruyacak güvenceler benimsemişlerdir.

2001 yılında 4709 Sayılı Kanunla 1982 Anayasası özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda kapsamlı bir değişikliğe gitmiştir. Bu değişikliğin en önemli dinamiğini Türkiye'nin Avrupa Birliği hedefi olarak göstermek mümkündür. 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikte asıl değişken temel haklar ve özgürlüklerdir. Bu değişikliğin amacı ise insan hakları hususunda Avrupa standardını yakalamak, sürekli gelişen bir yapısı olan insan hakları konusunda ortaya çıkan evrensel gelişmelere ayak uydurmak olduğu söylenebilir.

4709 Sayılı Kanun ile değiştirilen 13. Maddenin yeni şekline göre; temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Sınırlamanın sınırı olarak, hakkın özüne dokunulmayacak, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı düzenleme yapılmayacak ve ölçülülük ilkesine uygun sınırlamalar yapılacaktır.

“1982 Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Anayasal Ölçütler “ ismini taşıyan yüksek lisans tezi üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hak ve özgürlük kavramlarının tanımı ve tarihi gelişimleri hakkında bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili kavramlar ile Anayasalarımızda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması işlenmiştir. Son bölümde ise 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırlarını oluşturan anayasal ölçütler ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Bu çalışma ile 1982 Anayasasında 2001 değişikliği sonrası temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusundaki mevcut düzenleme incelenmiştir. 1961 Anayasası ve değişiklik öncesi 1982 Anayasasındaki durum arasındaki farkı ortaya koyabilmek, Türkiye'nin insan hakları konusundaki gelişim çizgisi hakkında fikir sahibi olabilmek, sınırlamanın sınırını oluşturan anayasal güvencelerin etkinliğini incelemek, çalışmanın amaçlarını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Temel Haklar, 1982 Anayasası, Temel Hakların Sınırlandırılması.

TEŞEKKÜR

Araştırma boyunca yönlendirme, destek ve önerilerini esirgemeyen tez danışmanım değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ'a şükran borçluyum. Yüksek Lisans Eğitimim süresince kendilerinden çok istifade ettiğim Kamu Yönetimi Bölümü diğer Öğretim Üyelerine ve teknik konularda sorunların çözümündeki yardımlarından dolayı Sayın Ömer AKAY'a, Bünyamin ZEREN'e, Suat KAYA'ya teşekkür ederim. Gösterdikleri anlayış ve gayret için Aileme, maddi ve manevi desteğini hissettiğim herkese sonsuz teşekkürü borç bilirim.

İçindekiler

ABSTRACT	iii
ÖZET.....	vi
TEŞEKKÜR.....	ix
İÇİNDEKİLER DİZİNİ	x
KISALTMALAR	xiv
TABLolar	xvi

BÖLÜM I

HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

1. GİRİŞ	1
1.1.Kavram ve Tanımlar	1
1.1.1. Hak ve Özgürlük Kavramları.....	1
1.1.1.1.Özgürlük	1
1.1.1.2.Hak	2
1.1.1.3.Hak ve Özgürlük Ayırımı	2
1.1.1.4.Jellinek'in Sınıflandırması ve Özgürlüklerin Monizmi	3
1.1.2. Temel Haklar, Kamu Özgürlükleri, İnsan Hakları.....	4
1.2.Tarihsel Gelişim	6
1.2.1. Batı Dünyasındaki Gelişmeler	7
1.2.2. Osmanlı İmparatorluğu Dönemindeki Gelişmeler	12
1.2.3. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Gelişmeler	18
1.3.1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler.....	22

BÖLÜM II

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

2. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI	29
2.1.Kavramlar.....	29
2.1.1. Düzenleme ve Tanıma Kavramı.....	29
2.1.2. Genel Olarak Sınırlama Kavramı ve Düzenleme ile Sınırlama Farklılığı	30
2.1.3. Sınırlama Kavramı	32
2.1.3.1.Anayasal Sınırlama	33
2.1.3.2.Yasal Sınırlama	34
2.1.3.2.1. Basit Yasa Kaydı.....	35
2.1.3.2.2. Nitelikli Yasa Kaydı.....	36
2.1.3.2.3. Herhangi Bir Sınırlama Nedeninin Öngörülmemesi.....	37
2.1.3.3.İçkin Sınırlar.....	38
2.1.3.4.Temel Hakların Norm Alanı ve Nesnel Sınırlar	40
2.2.1982 Anayasası Öncesindeki Anayasalarda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması	42
2.2.1. 1924 Anayasası	42
2.2.2. 1961 Anayasası	43
2.2.2.1.1971 Değişikliklerinden Önceki Durum	45
2.2.2.1.1. 11. Maddenin Genel Sınırlama Getirdiğini Savunan Görüşler	45
2.2.2.1.2. Genel Sınırlamayı Reddeden Görüşler.....	46
2.2.2.1.3. Anayasa Mahkemesinin Görüşü	47
2.2.2.2.1971 Değişikliklerinden Sonraki Durum	50
2.3.1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması.....	52
2.3.1. Özgün Hali (4709 Sayılı Yasa Öncesi)	52
2.3.2. 4709 Sayılı Yasa (2001 Değişikliği) Sonrası Durum	60
2.3.2.1.Genel Olarak 2001 Değişiklikleri	60

2.3.2.2.Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında (md.13) Yapılan	
Değişiklik	68

BÖLÜM III

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA ANAYASAL ÖLÇÜTLER

3. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA	
ANAYASAL ÖLÇÜTLER.....	83
3.1.Sınırlamanın Kanunla Yapılması	83
3.1.1. Genel Olarak Yasallık İlkesi	83
3.1.2. Sınırlama Hükümlerinin Açık ve Kesin Olması	87
3.1.3. Yasama Organının Düzenleyici işlemleri ve Yasallık İlkesi	90
3.2.Nedene Bağlılık İlkesi.....	92
3.2.1. Genel Olarak	92
3.2.2. Kademeli Sınırlama Sistemi ve 1961 Anayasasında Nedene Bağlılık	
İlkesi	95
3.2.3. Kümülatif (katmerli) sınırlama Sistemi ve 1982 Anayasasının İlk	
Şeklinde Nedene Bağlılık İlkesi.....	99
3.2.3.1.1982 Anayasasının İlk Şeklinde Genel Sınırlama Nedenleri.....	101
3.2.3.2.1982 Anayasasının İlk Şeklinde Özel Sınırlama Nedenleri.....	106
3.2.4. 2001 Değişikliklerinden Sonra 1982 Anayasasında Nedene Bağlılık İlkesi	
.....	107
3.2.4.1.Genel Sınırlama Nedenlerinin Kaldırılması	107
3.2.4.2.Anayasada Herhangi bir Sınırlama Nedeninin Gösterilmemesi	110
3.3.Hakkın Özüne Dokunmama Ölçütü	112
3.3.1. Genel Olarak Hakkın Özü Ölçütü ve Öze İlişkin Teoriler.....	112
3.4.Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk.....	116
3.5.Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri	120

3.5.1. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve Hakkın Özü.....	120
3.5.2. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ile Kastedilen Demokrasi Anlayışı	123
3.5.3. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri.....	125
3.6.Laik Cumhuriyetin Gereklerine Uygunluk	128
3.7.Ölçülülük İlkesi	133
3.7.1. Genel Olarak	133
3.7.2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri	137
3.7.2.1.Elverişlilik.....	137
3.7.2.2.Gereklilik.....	138
3.7.2.3.Oranlılık	138
3.7.3. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Temeli	139
3.7.4. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi	142
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	145
KAYNAKÇA	149

KISALTMALAR

ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.k.	: adı geçen karar
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
BVerfGE	: Federal (Alman) Anayasa Mahkemesi Kararları
E.	: Esas
e.t.	: erişim tarihi
gös.yer.	: Gösterilen Yer
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MGK	: Milli Güvenlik Konseyi
prf.	: paragraf
s.	: sayfa
s.e.	: son erişim
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü

vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğlerleri
v.d.m.	: ve diğler maddeler
yay.	: Yayınları

TABLÖLAR

Tablo 1- Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanmasını Düzenleyen Anayasa Metinleri..... 72

Tablo 2- 1982 Anayasasının 13. Maddesinin İlk ve Değişen Şekli; Sınırlamanın Sınırları..... 75

BÖLÜM I

HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

1. GİRİŞ

İnsan hakları, tüm toplumu ilgilendiren ve insanlık var olduğu sürece değerini yitirmeyecek olan önemli bir kavramdır. Günümüzde özellikle 1980'lerden sonra insan hakları ve özgürlükleri konusu daha da vurgulanmış, ulusal tabanda devletler, ulusal üstü alanda ise birlikler, sivil toplum kuruluşları, antlaşmalar ve bildiriler yoluyla konunun tüm dünyanın gündeminde kalmasında etkin rol oynamışlardır. Ulus-üstü kurumlar insan hakları konusunda ortak standardı belirleme üzerinde çalışmalar yapmışlar ve devletlerin mevzuatlarını bağlayan uluslar arası belgeler oluşturmuşlardır. Yine bu konuda meydana gelebilecek insan hakları ihlallerini önlemek ve çözüme kavuşturmak için uluslar arası mahkemeler kurulmuştur. Kurumlar üye devletlerde insan haklarının güvencesi olması rolünün yanında üye olmayan devletler üzerinde de baskı unsuru oluşturmaktadır.

Devletler bireyin eşit özgür ve onurlu yaşamını devam ettirebilmesi için devletin karışamayacağı asgari bir alan oluşturmak zorundadırlar. Bu da kuşkusuz insan haklarını hukuksal bir zeminle güvencelendirmek yoluyla mümkün olacaktır. Mevcut gelişmeler bağlamında günümüzde 'İnsan Hakları Anayasaları'ndan söz edilmektedir. İnsan hakları ve özgürlüklerine yapılacak haksız müdahaleleri önlemek için piramidin en üstünde olan anayasalarda bazı önlemler alınmalıdır.

Ülkemizde de bu bağlamda 2001 yılı Anayasa değişiklikleri ile Anayasada temel hakların sınırlandırılması konusunda bir iyileştirme yapılarak, sistem değişikliğine

gidilmiştir. Keyfi sınırlamalara yol açabilecek genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Kuşkusuz bu değişikliği sadece ülkenin iç dinamikleriyle açıklamaya çalışmak yanlış bir yaklaşım olacaktır. Nitekim ülkemizin dâhil olduğu uluslar arası etki alanlarının ve birliklerin bu değişimin dış dinamiklerini oluşturduğu bir gerçektir. Özellikle Avrupa Birliğine giriş vizesini almak için uyum yasaları ile bir dizi değişiklikler yapılmıştır ve yapılmaya devam edilmektedir. Bu nedenle yapılan değişikliğin getirdiği yeni düzeni anlamak, ülkemizin önce kendi iç düzeninde varılan noktayı, özellikle 1961 Anayasasından bu yana üzerinde yoğun tartışmalar yaşanan temel hakların sınırlandırılması konusunda yapılan değişikliğin bundan önceki düzenlemeler üzerine yapılan eleştirilere ne ölçüde cevap verebildiğini görmek, ardından ülkemizin uluslar arası platformda insan hakları konusundaki tutumunu görmek açısından önemlidir.

1982 Anayasasında 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemelerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda meydana getirdiği değişikliklerin ve yeniliklerin ortaya konulması, genel olarak sınırlamanın rejimi ve temel hak ve özgürlüklerin güvencesini oluşturan, sınırlamadaki anayasal ölçütler, bu çalışmanın konusunu oluşturacaktır. Mevcut hukuksal durum Anayasa Mahkemesi kararlarıyla netlik kazandığından, çalışmada Anayasa Mahkemesi kararlarına sık sık yer verilecektir.

‘Temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanma’, ‘olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması’ ve ‘temel hak ve özgürlüklerin ulus üstü güvenceleri’, konuyu ilgilendirdiği kısmın haricinde ayrı olarak ve geniş biçimde, bu çalışmada incelenmeyecektir.

1.1. KAVRAM VE TANIMLAR

1.1.1. Hak ve Özgürlük

1.1.1.1. Özgürlük

Montesque; “Özgürlük, üzerinde en fazla ihtilaf edilen kelimedir”, der.¹ Özgürlük, tarih boyunca birçok düşünür tarafından farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Bunun en önemli nedeni, özgürlüğün çok boyutlu bir kavram olmasıdır.²

Özgürlüğün 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde yer alan ve klasik kabul edilen tanımına göre; “Özgürlük başkasına zarar vermeden, her şeyi yapabilmektir.”³ Bu tanım aynı zamanda bireyler arasındaki yatay ilişkilerin anlatımıdır.⁴ Montesque’nin tanımına göre, özgürlük kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilme hakkıdır. Diğer bir tanıma göre; serbest hareket etme gücüdür.⁵

Özgürlük büyük ölçüde bağımsızlıktır, fakat bu bağımsızlık, bireysel bağımsızlıktan çok insanların karşılıklı bağımsızlığıdır. Paylaşılmış özgürlük, zorunlu olarak “kısmi” bir özgürlüktür. Yani benim özgürlüğüm başkasının haklarını sınırlar, aynı şekilde başkasının özgürlüğü benim haklarıma kayıtlar çizer.⁶

1.1.1.2. Hak

Hak kavramını, hakkın sahibi olan kişiye belirli bir yetkinin tanınması, o kişinin hukuki bir iktidarla donatılması⁷, hukuken korunan ve yararlanılması hak sahibinin iradesine bırakılan menfaatler veya devlet ve toplumun hukuk düzeni

¹ İlhan Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul: 1971, s.3

² Fuat Şenoğlu, *Temel Hak Ve Özgürlükler, Bu Hakların Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Bunlarla İlgili Kavramların Açıklamaları*, “Temel Hak Ve Özgürlükler, Bu Hakların Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Bunlarla İlgili Kavramların Açıklamaları” başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Dr. Fuat Şenoğlu’na aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

³ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Madde 4

⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul: İmge Kitabevi, 2002, s.14

⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Ekin Yayınları, 1982, s. 187

⁶ Kaboğlu, a.g.e., s. 14

⁷ Mete Kaan Kaynar, “Sayısal Verilerle Türkiye’de Hak ve Özgürlükler” *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, sayı 2004/1, s. 28

aracılığı ile ve yasalarla güvence altına alınmış bulunduğu bir durum⁸, olarak tanımlamak mümkündür.

Bir kişinin hak sahibi olması o kişinin bu hakkının kullanma talebinin, toplumsal olarak garanti altına alınmış olması, o toplumun hukuk metinleriyle bu hakkın içeriğini oluşturan durumun güvence altına alınmış olması anlamına gelmektedir.⁹

1.1.1.3. Hak ve Özgürlük Ayırımı

Özgürlük kavramı soyut hak ise somut bir kavramdır.¹⁰ Haklar özgürlüğün kullanılması aşamasında ortaya çıkarlar. Hakların mahkeme önünde öne sürülebilme özelliği bulunmaktadır. Örneğin seyahat özgürlüğünün kullanılması kişinin iradesine bağlıdır. Hak ise ancak bunun uygulamaya konması durumunda- pasaport isteğinin reddi- gibi bir dış engelin ortaya çıkmasında gündeme gelebilir.¹¹

Özgürlüklerin gerçekleşmesi için başkalarının veya devletin hiçbir şey yapmaması gerekir. Özgürlük kişinin kendi fiili ile gerçekleşir. Hakkın gerçekleşmesi için ise diğer kişilerin veya devletin hak sahibi kişi lehine bir takım edimlerde bulunması gerekir. Hak sahibinin fiili ile değil başka kişilerin ya da devletin fiili ile gerçekleşir.¹² Hakta özgürlüğün tersine “alacaklı” birey istemde bulunmaktadır. Bu ayırım çerçevesinde “çalışma ve sözleşme hürriyeti” (1982 Anayasası, md. 48) bir iktisadi özgürlük, “çalışma hakkı ve ödevi” (md. 49) ise bir sosyal haktır.¹³

Hak ve özgürlük kavramları birbirinden ayrı kavramlar olmasına karşın sıkı bir ilişkiyle birbirine bağlıdır. Biri olmadan diğerinin sağlıklı biçimde var olabilmesi olanaksızdır. Bütün hakların kökeni özgürlüktür. Eğer özgürlük yok ise hakkın da bir

⁸ Mesut Aydın, ”Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, sayı 61/3, s. 4

⁹ Mete Kaan Kaynar, a.g.m., s. 26

¹⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa: Ekin Kitapevi yay., 2004, s. 146

¹¹ Kaboğlu, a.g.e. s. 16

¹² Gözler, a.g.e. s. 146

¹³ Kaboğlu, a.g.e. s. 17

anlamı yok demektir. Hak hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanma biçimi ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür.¹⁴

1.1.1.4. Jellinek'in Sınıflandırması ve Özgürlüklerin Monizmi

Temel hak ve özgürlükler, demokratik toplumlarda sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Fakat bunlar arasında en çok benimsenen ve klasikleşen Jellinek'in sınıflandırmasıdır. Buna göre Jellinek temel hak ve özgürlükleri; negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olmak üzere üç kategoriye ayırmıştır. Negatif statü hakları, kişinin, devlet tarafından aşılamayan ve dokunulamayan özel alanının sınırlarını çizen özgürlüklerdir. (Vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, kişi güvenliği gibi) Pozitif statü hakları, vatandaşa devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme imkânı tanır. (Sağlık hakkı, öğrenim hakkı, çalışma hakkı gibi). Katılma hakları diye de adlandırılan aktif statü hakları ise siyasal görüş ve tutumlarını açıklama, örgütlenme, oy kullanma, referandum, seçme ve seçilme yollarıyla vatandaşa toplum yönetiminde söz sahibi olma ve kararlara katılma yetkisini veren siyasal haklardır.¹⁵

Ne var ki bu sınıflamanın geçerliliği bir bakıma yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu olabilir. Çünkü kamusal otoritelerin "müdahale etmemesi" nitelendirilmesiyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki haklarda aslında kurumsallaşabilmesi, hak sahiplerinin onları kullanıp yararlanabilmesi için devletin çeşitli biçimlerdeki katkı ve müdahalesine ihtiyaç duyarlar. Örneğin "adil yargılanma hakkı" bir negatif statü hakkıdır. Bu hakkın var olabilmesi için devletin, mahkemeler kurması, hâkim ve savcılar görevlendirmesi, gerekli araç ve donanımı temin etmesi gibi birçok pozitif edimini görüyoruz.¹⁶

Bu üç gruba dâhil olan haklar, özgürlüğün birbirleriyle sıkı sıkıya bağlı olan yönlerini oluştururlar. Yukarıdaki örnekte de vurgulandığı gibi, bunlardan her biri diğeri ile tanımlanmadıkça özgürlük te tam olmaz. Negatif statü hakları, pozitifleri

¹⁴ **Ahmet Mumcu**, *İnsan Hakları&Kamu Özgürlükleri*, Ankara: Savaş yay., 1994, s. 15

¹⁵ **Münci Kapani**, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 6

¹⁶ **Semih Gemalmaz**, *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Beta, 3. Baskı, 2001, s. 468

tanımadığı sürece kendi başına özgürlüğü sağlamaya muktedir değildir. Sadece pozitif hakların tanınması ise belki geniş ölçüde sosyal güvenliği sağlayabilir fakat kişiyi gerçek manada “hür” kılmaz. Öte yandan bu iki kategori hak da aktif statü hakları olmasa iktidar tarafından her zaman geri alınabilecek bir bağış niteliğinde, tamamen desteksiz ve güvencesiz kalır.¹⁷

Görülüyor ki çeşitli yönleriyle özgürlük aslında bir bütündür. Bu bütünü parçalara ayırmak veya sadece birine indirgemek mümkün değildir.¹⁸ Temel hak ve özgürlükleri kısmi bir anlayışa göre yorumlamak onları ortadan kaldırmak kadar tehlikelidir. Yukarıda vurgulandığı gibi özgürlük bir bütündür. Ya hepsi vardır, ya da hiçbirisi yoktur.¹⁹

1.1.2. Temel Haklar, Kamu Özgürlükleri, İnsan Hakları

Kişiyi tanıyan hak ve özgürlükleri anlatmak için demokratik toplumlarda “civil rights”, “civil liberties”, “kişi hakları”, “kamu özgürlükleri”, “temel haklar” gibi terimler kullanılmaktadır. Bu kavramlara genel olarak bakıldığında İnsan Hakları veya Kamu özgürlükleri, insan onurunu korumayı, maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan haklardır.²⁰ Her ne kadar bu ifadeler çoğu kez aynı anlamda kullanılsalar da kavramlar incelendiğinde aralarında bazı farkların olduğu görülür.

Ülkemizde kişilere tanınan hak ve özgürlükleri ifade için, kamu özgürlükleri, insan hakları, temel hak ve özgürlükler terimleri kullanılmıştır.²¹ İnsan hakları terimi, konunun en ideal, en geniş kavramıdır. Bütün insanlığa tanınması gereken ideal bir hak listesini ifade eder. “İnsan hakları” terimi daha ziyade tabii hukuk anlayışına mensup yazarlar tarafından kullanılmaktadır. Pozitif hukukun üstündedir. Özgürlüğün

¹⁷ **Kapani**, a.g.e. s. 7

¹⁸ Göş. Yer.

¹⁹ **Haluk Çolak**, “Kamu Hürriyetlerinin Düzenlenmesi, Ayırımı ve Korunması” *Adalet dergisi*, sayı;1, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>.

²⁰ **İsmail Doğan**, *Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları*(İnsan Haklarının Kültürel Temelleri, Ankara: Pagema Yayıncılık, 4.Baskı, 2003, s. 244

²¹ **Gözler**, a.g.e. s. 147, **Kapani**, a.g.e. s. 13-14

açıklanmasını, dışa vurulmasını ifade eder. Fakat insan hakları deyince genel olarak daha çok olması gereken alanında kalan veya sadece platonik bildirilerde geçen bir “ulaşılacak hedefler programı” akla gelir.²²

Kamu özgürlükleri ise insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü ifade eder. Belli bazı haklar anayasa ve kanunlarla düzenlenip, sınırları belirtilmekle kişilerin pratik kullanımına sunulmuştur. Bunlara kamu özgürlükleri denmesi sadece bir sınıfa ve zümreye değil, istisnasız herkese tanınmış olmasındandır. Kamu özgürlükleri terimi, kamu hukukunun bir kolu ve özel bir disiplini olup kavşak rol oynar.²³

Temel haklar terimi ise kamu özgürlükleri teriminin karşılığında kullanılmaktadır. Bu terim Alman hukuku terminolojisine aittir. Temel haklar, insan haklarının pozitif hukukça tanınmış ve düzenlenmiş olan kısmıdır. Temel haklar anayasa tarafından güvence altına alınan ve devlet eliyle kolayca kaldırılamayan haklardır.²⁴

“Temel” sıfatı, bir hak ve özgürlüğün bir başkasına bağlı olmamasını, yalnız başına varlığını anlatmak için kullanılır.²⁵ Buradaki “temel” değerlendirmesi akla “temel olmayan” hakları da getirmektedir. Fakat “temel hak” ve “temel olmayan hak” diye haklar arasında hiyerarşik değer ortaya çıkarmak özgürlüğün bütünlüğü ilkesini ihlal etmektir. Ve yapılması olanaksızdır. Temel ve temel olmayan haklar arasında sadece bunları tanıyan belgeler bakımından ayırım yapılabilir. Anayasa tarafından tanınan ve yasama, yürütme, yargı organlarınca müdahale edilemeyen haklara temel haklar, buna karşılık kanunla tanınan haklar ise temel olmayan haklardır. Bu haklara yasama organı müdahale edebilir. Aynı şekilde yürütme organının düzenleyici işlemiyle tanınmış haklara da yürütme organı müdahale edebilir.²⁶ Bu ayırımda dikkat

²² **Hasan Tahsin Fendoğlu**, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Konya: Mimoza, 1994, s. 5, **Gözler**, a.g.e. s. 206, **Kapani**, a.g.e. s. 14

²³ **Fendoğlu**, a.g.e. s. 5, **Kapani**, a.g.e. s. 14

²⁴ **Oktay Uygun**, *1982 Anayasa’ında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, İstanbul: Kazancı yay., 1992, s. 5

²⁵ **Fendoğlu**, a.g.e. s. 5

²⁶ **Gözler**, a.g.e. s. 208

edilmesi gereken, ayırımın temel alınma noktası hakkın değerleri değil, korunma rejimleridir.²⁷

Temel haklar ve özgürlükler terimi ülkemize 1961 Anayasa'sıyla girmiş ve 1982 Anayasa'sıyla benimsenmiştir.

1.2. TARİHSEL GELİŞİM

Temel hak ve özgürlükler, tanımında belirtildiği gibi insan haklarının pozitif hukukça tanınan kısmıdır. Fakat temel hakların kökeni denildiğinde, hakların ortaya çıkma sebebi “insan haklarını” anlamamız gerekir.

İnsan haklarının doğuşu ve gelişimini ideolojiler ve devletler açısından ayrı değerlendirmek lazımdır. Günümüzde insan hakları evrensel güvencelerle korunmaya alınmış olsa bile her ulusun insan hakları gelişimini devam ettirebilmesi için çeşitli yollar izlediğini görürüz. Ve bu yol da genellikle ulusun kendi tarihi gelişimine bağlı olarak şekil almaktadır.²⁸ Bu anlayışa uygun olarak Marksist insan hakları, İslam öğretisinde insan hakları, Çin, Japon ve Hint kültür çevrelerinde insan hakları gibi farklı temellere ve gelişmelere sahip birçok insan hakları anlayışından söz edilebilir.²⁹

Fakat bu çalışmada bütün bu kültür çevrelerinde geçerli olan ve farklı özellikler ihtiva eden insan hakları anlayışlarından değil, insan hakları kökeni ve gelişimi konusunda modern insan hakları diye adlandırılan, evrensel bildiri ve belgelerin temellendirdiği, batı dünyasında insan haklarının doğuşu ve gelişimi ile Türkiye’de insan hakları anlayışına tarihsel kaynaklık etme açısından Osmanlı Devletinde insan haklarının gelişimi ve T.C. Anayasalarındaki gelişmeler kısaca değerlendirilmektedir.

²⁷ Uygun, a.g.e, s. 5

²⁸ Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, İzmir: Dokuz Eylül Üniv. Yay., 4.Baskı, 2000, s. 7

²⁹ Geniş bilgi için; Gemalmaz, a.g.e.

1.2.1. Batı Dünyasındaki Gelişmeler

Temel hak ve özgürlük kavramının fikir tohumlarının ve uygulama alanındaki ilk örneklerinin eski çağ medeniyetlerinde özellikle Eski Yunan’da bulunabileceği görüşü zaman zaman ileri sürülmüştür.³⁰ Yalnız insan haklarının bundan önceki tarihine bakıldığında, eskiçağ toplumlarının bugün anlaşılan anlamdaki hak ve özgürlük düşüncesine yabancı olduğu belirtilmelidir.³¹

Pratikte insan haklarının ilk örneklerinin eski çağda (Yunan ve Roma) görülebileceği görüşüne karşılık olarak Kapani’ye göre: Ne Yunanlılar ne Romalılar kişinin devlet karşısında bazı haklara sahip olabileceğini, devlet kudretinin bu haklarla sınırlandırılabilmesini tasavvur edemiyorlardı. Onlara göre devlet iktidarı tamamen sınırsızdı, kişi bu sınırsız iktidarın içinde eriyordu. Eski çağ dünyası pratik alanda, insanların devlet için değil fakat devletin insan için var olduğunu kavrayamamıştır.³²

Tarih sürecinde kişinin özgürlük ihtiyacı ile siyasal iktidarın egemenlik iddiası kesişmesinde sürekli gerilim ve çatışma baskısı vardır. Kişinin özgürlüğü ve iktidar çatışması ortaçağın mutlak devlet zihniyetinde uç noktaya ulaşmıştır. Locke (1632-1704) ve bazı önemli düşünürlere göre kişi özgürlüğünün anlamı, kişinin devletin müdahalelerine karşı korunmasının gerekliliğidir. Başka bir ifadeyle kişi “keyfi” devlet müdahalelerine karşı korunma hakkına sahiptir.³³ Her ne kadar sadece soyluları kapsamına alan bir hak deklarasyonu olsa da³⁴, İngilizlerin Magna Charta Libertatum’u (1215) kralın bir takım keyfi müdahalelerini sınırlaması bakımından önemlidir.

³⁰ **Kapani**, a.g.e. s. 17

³¹ **Mehmet Akad-Bihterin Dinçkol**, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul: Der yay., 2000 s. 155, Geniş bilgi için; **Kapani**, a.g.e. s. 17-22, **Gemalmaz**, a.g.e. s. 3-7

³² **Kapani**, a.g.e. s. 22

³³ **Emin Memiş**, *Türkiye’de Anayasa Gelişmeleri Eğrisi(1808-2005) Anayasa Hukuk Notları*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005, s. 217

³⁴ **Gören**, a.g.e. s. 8

İnsanın sırf insan olmak sıfatıyla doğuştan kimi hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara dokunulamayacağı yolundaki temel düşüncenin bir sistem olarak ortaya çıkışı 17. Yüzyıla rastlar.³⁵ Bu dönemde insan hakları teorisi, dinsel kalıplardan sıyrılmış bir tabii hukuktan doğmuştur. Bu şekilde tabii hukuktan doğan insan haklarının iki temel varsayımı vardır: "tabiat hali ve toplum sözleşmesi"³⁶

Çeşitli alternatiflerle sunulan "toplum sözleşmesi teorisi" birey özgürlüğüne ilişkin doğal hukuk görüşlerinin bir anlatımıdır.³⁷ Bu teoriye göre; insanlar toplum halinde yaşamaya geçmeden önce tabiat halinde yaşıyorlardı. Doğa ortamında tam ve sınırsız bir özgürlüğe sahiptiler. Daha sonra birlikte yaşam ihtiyacı hissetliklerinde aralarında sözleşme yaparak "devlet" denen topluluğu kurdular. Bu topluluğun oluşabilmesi ve yaşayabilmesi için özgürlüklerinin bir kısmından vazgeçtiler. Bu varsayımın sonucu; insanlar devletten önce var olan bu doğal haklara bağlıdır. Ve onlara saygı göstermek zorundadır.³⁸

İnsan hakları konusunda insanlık tarihinde yeni bir çığır açan ve ilerideki büyük devrimlerin tohumlarını eken bu düşünce akımının temsilcisi Locke'dur. Ayrıca Puttendorf, Wolf, Blackstone, Burlamaqui, Vattel gibi yazarlar tarafından da işlenmiş ve geliştirilmiştir.³⁹

Tabiat Hali ve Toplum Sözleşmesi üzerine öne sürülen görüşler çok geçmeden rasyonel (akli) düşünce tarafından eleştirilerek reddediliyor. Fransız İhtilal'ından sonra gelişen Ferdietçi Doktrin (bireyci öğreti) buna öncülük etmektedir. Ferdietçi Doktrin'e göre önemli olan insanın özüdür. İnsan haklarını açıklamak için toplum sözleşmesinde olduğu gibi yapay hipotezlere başvurmadan, doğrudan doğruya insanı, insanın özünü ele almaktadır. İnsanın yaradılışı itibarıyla irade sahibi, özgür ve tek gerçek varlık oluşu ve devletin temel yapıtaşı olma özelliği, kişi hak ve özgürlüklerinin kaynağıdır.⁴⁰ Yine devletin kendine ait gerçek varlıkları ve kendilerine özgü hakları yoktur. Fakat devletleri oluşturan düşünce ve idrak sahibi olan

³⁵ **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayınevi, 2005, s. 216

³⁶ **Kapani**, a.g.e. s. 30

³⁷ **Gören**, a.g.e. s. 9

³⁸ **Kaboğlu**, a.g.e. s. 216

³⁹ **Kapani**, a.g.e. s. 31

⁴⁰ **Kaboğlu**, a.g.e. s. 216

insanlardır. İnsanlar ihtiyaç duyan, acı çeken, düşünen ve hareketlerini iradelerine göre ayarlamak yeteneğine sahip olan canlı varlıklardır. Öyleyse her siyasal topluluğun da amacı “insan” dır. Devlet insanlar için, onların ortak menfaatlerini sağlamak için kurulmuştur.⁴¹

17. ve 18. Yüzyılda gelişen Tabii Haklar doktrini ve Ferdietçi Doktrinin etkilerini Amerikan bildirileri ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde görmekteyiz. Amerikan bildirileri içinde önemli olan, 4 Temmuz 1776 tarihinde Jefferson tarafından kaleme alınan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi’nden önce Kuzey Amerikan Devletlerinin kuruluş aşamasında Anayasalarının başına yerleştirdikleri Haklar Bildirisi (Bill Of Rights) içinde 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisidir.⁴² Fransız İhtilalı’nda de birçok bildiri yayınlanmasına karşın önemli olanı ve klasik olarak kabul edileni, ihtilalın ilk bildirisi olan, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’dir.⁴³

Tabii Haklar Doktrininden beslenen bu bildirilerde egemenlik halka verilmiş, insanın doğuştan gelen bir takım haklarının olduğu ve topluma katılma ile bu haklarından yoksun bırakılamayacağı kabul edilmiş, iktidar bu haklarla sınırlanmıştır. Güçler ayrılığı ilkesi (Montesque) benimsenmiş, yani hukuka göre düzenlenmiş bir devlet anlayışı benimsenmiştir.⁴⁴

Kişi hakları ve özgürlükleri alanında kavramların ve öğretilerin ortaya atılmasından evvel bu özgürlükler pratik olarak İngiltere’de somut biçimde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Belirli bir ideoloji ve kurama dayanmayan İngiliz Hak ve Özgürlük Belgeleri evrensel bir nitelik taşımazlar. Temel amaçları İngiliz Vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu belgeler sırasıyla; 1628 Haklar Dilekçesi, (Petition Of Rights), 1679 Habeas Corpus Act, 1689 Haklar Bildirisi (Bill Of Rights), 1696 İhanet Suçu Yargılaması Yasağı (Treason Trials Act) ve 1701 Act Of Sattlement’dir. Bu belgelerin ortak özelliği kapsamlı bir haklar ve özgürlükler listesi, içermemeleri nedeniyle klasik anlamda hak bildirileri niteliğinde sayılmamalarıdır.

⁴¹ Kapani, a.g.e. s. 39

⁴² Akad, a.g.e. s. 163

⁴³ Kapani, a.g.e. s. 47

⁴⁴ Adil İzveren , “Sosyal Devlet”, *Danıştay Dergisi*, sayı:18, s. 36

Klasik hak bildirileriyle aralarındaki köklü farklara karşın, İngiliz hak bildirileri ve bu alanda kurumlaşmaları insanlığın özgürlük yolunda ilerleyişine ışık tutan kaynaklar olmuşlar ve diğer ülkelere örnek teşkil etmişlerdir.⁴⁵

Batı dünyasında hak ve özgürlüklerin kökeninden sonra onların toplumsal hareketlerle sürekli gelişim halinde olma özelliğinden de bahsetmek gerekiyor. Literatürde hak ve özgürlüklerin evrimini gözlemleyebileceğimiz üç kuşak hak sınıflandırmasından söz edebiliriz. Bunlar; kişi özgürlükleri ve siyasi haklar (birinci kuşak), sosyal, iktisadi, kültürel haklar ve özgürlükler (ikinci kuşak), çevre, gelişme ve barış hakları (üçüncü kuşak)’dır.

Klasik olarak adlandırılan “kişi özgürlükleri ve siyasi hakların” kaynağı liberal öğretilerdir ve burjuvazi-aristokrasi çatışmasına dayanmaktadır. Özellikle siyasi haklarda bu çatışma daha da netleşmektedir. Yukarıda gördüğümüz gibi 17. Ve 18. Yüzyılda birinci kuşak haklar Ferdiyetçi Doktrin akımı neticesinde meydana gelen Fransız Devrimlerinin sonucudur. Özellikle 19. Yüzyılda ortaya çıkan Anayasacılık akımları toplumsal-ekonomik-siyasal hak ve özgürlükleri hukukileştirmişlerdir.⁴⁶

Birinci kuşak haklara kaynaklık eden Fransız ve Amerikan Bildirilerine bakıldığında aşırı bir ferdiyetçilik görülür. Buna göre insanı çevresinden sıyrılmış “soyut bir varlık” olarak gören temel hak ve özgürlükler anlayışı sadece teoride kalmakta ve sadece nazari bir değer ifade etmektedir. Hayat şartlarıyla mücadele eden günlük karşısına çıkan güçlülükleri yenip yaşamını sürdürmeye çalışan insan düşünülmemiş, kısaca sosyal varlık olarak yaşayan insan göz ardı edilmiştir. Kapani’nin dediği gibi yaşama hakkı tanınmıştır fakat en basit sağlık şartlarından bile yoksundur. Konut dokunulmazlığı hakkı vardır fakat oturabileceği bir konut yoktur. Bu nedenledir ki birinci kuşak hakların eşitlik ve özgürlük fenomeni tüm insanlara bahşedilmişse de, bundan sadece küçük bir zümrenin yararlandığını görürüz. Buna karşılık toplumun çoğu açlık ve sefalet içinde yaşamaktaydı. Bu duruma duyulan toplumsal tepki ve sanayi devrimi neticesinde ortaya çıkan işçi sınıfının zor koşullarda yaşaması, 19. Yüzyılın ikinci yarısında toplumsal çatışmaları şiddetlendirir.

⁴⁵ Gemalmaz, a.g.e. s. 53, Akad, a.g.e. s. 162–163, Gören, a.g.e. s. 10

⁴⁶ Memiş, a.g.e. s. 218,219, Kaboğlu, a.g.e. s. 219,220

İktisadi bakımdan güçsüz olan çalışan kesimin mücadelesinin neticesinde seçme, seçilme ve siyasi örgütlenme hakları, toplumsal güvenliğin sağlanması, sendika ve grev hakkı gibi özellikle siyasal haklar ve iktisadi talepler ön plana çıkmıştır.

Bu toplumsal hareketliliğin felsefi temelinde sosyalist düşünce akımları ve pozitivist hukuk doktrinin ferdiyetçi özgürlük anlayışına karşı yönelttiği eleştiriler vardır. Marksist ve Sosyalist kuramlar, burjuva özgürlük anlayışını biçimsel özgürlükler olarak niteleyip eleştirmişler ve onun halk kitleleri için yetersiz kaldığını ortaya koymuşlardır.

Eşitliğin öne çıktığı ekonomik, sosyal, kültürel haklar olarak adlandırılan ikinci kuşak haklar 19. Yüzyılın ortalarından itibaren hukuk metinlerine taşınmıştır. Özellikle 1848 Fransız Anayasası sosyal karakteri ile ileri bir anlayış taşımasına rağmen bu hakların anayasallaşması 20. Yüzyılın başından itibaren olmuştur. (1917 Amerika Anayasası, 1919 Almanya (Weimar) Anayasası, 1924 Sovyet Anayasası gibi)⁴⁷

İkinci dünya savaşı insan hak ve hürriyetlerinin genişlemesini ve onlara hız kazandırmasının yanında, insan haklarının uluslar arası alana geçişini sağlayıp, onlara uluslar arası bir nitelik kazandırmıştır. Bunda sömürüden çıkan üçüncü dünya ülkelerinin baskısı ve uluslar arası örgütlerin kurulması etkili olmuştur. Dayanışma hakları da denen çevre, gelişme ve barış haklarını doğuran etmenlerin başında nükleer yayılmanın insan geleceğini tehdit etmesi, sürekli çevresinden tüketen ve zarar veren sınırsız ekonomik büyüme gibi sınaî ve teknolojik ilerlemenin çevrede yol açtığı tahribat toplumlar için bir bilinçlendirme oluşturmasıyla sağlık korunmuş bir çevrenin ötesinde insan türünün soyunu sürdürebilme sorunsalı yatmaktadır. Bu sorunların oluşturduğu bilinç ile uluslar arası platformda 1970'lerden sonra üçüncü kuşak haklar adını verdiğimiz; çevre hakkı , barış hakkı, gelişme hakkı, doğal kaynaklar üzerinde

⁴⁷ **Gemalmaz**, a.g.e. s. 93-104, **Kapani**, a.g.e. s. 49-56, **Kaboğlu**, a.g.e. s. 220-222, **Memiş**, a.g.e. s. 219, **Akad**, a.g.e. s. 169-175

tam egemenlik hakları, hakların kendi kaderlerini kendileri tayin etme hakkı gibi haklar tanımlanmıştır.⁴⁸

1.2.2. Osmanlı İmparatorluğu Dönemindeki Gelişmeler

Osmanlı İmparatorluğunda temel hak ve özgürlükler incelenirken dönemi, batı dünyasının anladığı anlamda özgürlük düşüncesinin gelişmeye başladığı dönem olan Tanzimat ile ayırmamız gerekir. Bu ayırımın yapılmasının sebebi Osmanlı (doğu) ile batının arasında idari, toplumsal, hukuki ve daha birçok bakımdan ciddi farklar oluşu ve şuan ki hukukumuza kaynaklık eden modern batı özgürlük anlayışının Osmanlı ile ilişkilerinin Tanzimat’la başlamasıdır.

Öncelikle Osmanlı Devleti kuruluş ve yönetim bakımından İslam esaslarına bağlı bir devlettir. İslam dininin kuralları özel hukuk ilişkilerinin düzenlediği gibi kamu hukukunun ana ilkeleri de doğrudan İslam Hukukuna dayanmaktaydı.⁴⁹ Bu nedenle Osmanlı Devleti ile Batıyı farklı iki sistem olarak düşünmek gerekir. Bu ayırım neticesi özgürlük ve hak kavramlarına yüklenen anlamların ve değerlerin birbirinden farklı olduğunu görürüz.

Osmanlı Devletinde Padişahın aynı zamanda halife olması, ulül-emre (devlet başkanı, yüksek otoriteyi temsil eden organlar) itaat gereğince tebaanın halife-padişaha mutlak itaatini icap ettirmesi, İslam dininin kitlelere nüfuz eden eşitlik, hoşgörü ve adalet anlayışları, yine İslam’a göre kavmiyetçiliğin güdülmemesi sebebiyle ulusçuluk fikrinin oluşmaması, Türklerin devlet gelenekleri gibi daha sayılabilecek birçok nedenle Osmanlı ülkesinde Batıda olduğu gibi bir sınıf anlayışı mevcut değildir. Bu da haklarını diğer sınıfın elinden kurtarmaya çalışan, özgürlükleri için mücadele eden bir zümrenin, batıda olduğu gibi toplumsal bir itici

⁴⁸ Kaboğlu a.g.e. s. 223, Gemalmaz, a.g.e. s. 537

⁴⁹ Kapani, a.g.e. s. 85

gücün olmaması demektir. Keza bu durum yine Osmanlı ile Batının hak ve özgürlükler konusunda aynı düzlemde tutulamayacağına önemli bir nedenidir.⁵⁰

Osmanlı'nın insan haklarına bakışına günümüzdeki anlamıyla insan hakları ve özgürlükleri penceresinden yorumlanması konusunda literatürde iki yaygın görüş vardır. İlk görüşe örnek olarak Osmanlı Devletinde İslam kurallarının geçerli olması sebebiyle insan haklarının dar ve sınırlı bir anlama büründüğü, kişinin devlete karşı ileri sürebileceği kişi olmaktan dolayı elde ettiği, doğuştan sahip olduğu haklarının olmadığı, insan haklarının yüzyıllarca gelişme göstermediği, özgürlüklerin değil devletin korunduğu, Padişahın mutlak hükümdar olduğu, örfi, dini, ahlaki sınırların olmasına karşın uygulamada birkaç istisna dışında bunların etkisiz kaldığı Osmanlı'nın şer'i hukuk yanında örfi hukuku geliştirmeyip çağdaş olma fırsatını kaçırdığı, netice olarak asıl özgürlüklerin Tanzimat döneminden itibaren gelişmeye başladığı söylenmiştir.⁵¹

Bu görüşlere karşılık olarak yaygın olan diğer görüşe göre ise; Osmanlı'nın Tanzimat'tan önce de batının öngördüğü şekilde, insanın doğuştan gelen haklarının var olduğu ve korunduğu, insana ve insan hukukuna saygıda Müslüman gayrimüslim ayrımının yapılmadığı, hakları ister devlet ister başkası tarafından ihlal edilenlerin başvurabilecekleri Divan-ı Hümayun, Meşihat akamı, İstihsab ve Ahilik teşkilatları gibi kuruluşların olduğu, hatta devletin uzun süre ayakta kalmasının sebebinin hukuka bağlılığın göstergesi olduğu, dolayısıyla hak ve özgürlüklerin Tanzimat'la birlikte gelişmeye başlamayıp Tanzimat ile aslında var olan özgürlüklerin belgelere taşındığı savunulmuştur.⁵²

Osmanlı Devletinin Tanzimat'tan evvelki durumuyla ilgili olarak Osmanlı'nın İslam öğretisinin kabul ettiğimizde, İslam öğretisinin modern haklar teorisi ile

⁵⁰ Fendoğlu, a.g.e. s. 90, Akad, a.g.e. s. 180

⁵¹ Tunaya, *Türkiye'de Siyasi Partiler*, İstanbul: Doğan-Kardeş Yayınları, 1952, s. 411, Kapani, a.g.e. s. 86,87, Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul: Say Yayınları, 3. Bası, 1982, s. 36

⁵² Ahmet Akgündüz, "Osmanlı Devletinde İnsanı İnsan Yapan Şahsi Hak Ve Hürriyetlerin Korunması Ve Güvenlik İlkesi" <http://www.osmanli.org.tr/yazi-1-26.html>, Fendoğlu, a.g.e. s. 76, Bu konuda bir araştırma için bkz: Hatice Palaz Erdemir, "Tarihi Gelişim Sürecinde İnsan Hakları Ve Osmanlı Gelişim Modeli" *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı9-10

karşılaştırılması gibi tartışmalar ve görüşleri çoğaltabiliriz.⁵³ Fakat Osmanlı döneminin incelenmesinin pek kolay olmadığını, günümüzde daha arşiv çalışmalarının devam ettiğini söyleyebiliriz. Buna yönelik yapılan inceleme ve araştırmaların tartışmalara yeni boyutlar getireceği öngörülmektedir.

Osmanlının gerileme dönemine rastlayan 18. ve 19. Yüzyıllarda yaşanan toprak kayıpları ve tımar sisteminin bozulmasıyla azalan devlet gelirleri neticesinde zayıflayan Osmanlı Devleti hem batıya karşı kendi kimliklerinin koruma çabasına girmiş hem de batıdaki gelişmeler üzerinde düşünmeye başlamıştır.⁵⁴

18. yüzyıl sonlarında devletin başına geçen 3. Selim (1789-1807)'le birlikte bir reform süreci başlamış, devlet esaslı bir biçimde gözden geçirilmiş, özellikle askeri ve eğitim alanlarında düzenlemeler yapılmış, Avrupa'dan mevcut sistemi düzen koyabileceği düşünülen uzman eğitmenler ve subaylar getirilmiştir.⁵⁵ Daha sonra Rusçuk ayanı Alemdar Mustafa Paşa önderliğinde, Senedi İttifak adı verilen, Padişah ve Sadrazamın yapacağı işlerde eyalet ayanlarına danışması, onların onayını alması gibi maddeleri içeren belgeyi imzalatırmak için 4. Mustafa tahttan indirilmiştir. Tahta belgeyi ilan edeceğine söz veren 4. Mahmut çıkarılmıştır.⁵⁶

İngilizlerin Magna Charta'sına benzetilen Senedi İttifak(1808) her ne kadar ayan etkisinin zayıflamasıyla unutilan bir belge olsa da bazı yazarlar tarafından özellikle hukukçu bakışla devletin merkezi iktidarının sınırlandırılması yönünden önemli sayılıp ileriye dönük bir belge olarak kabul edilmektedir.⁵⁷

Bu dönemde üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da Osmanlı Devlet adamlarının batıya inceleme bağlamında Fransız İhtilalının neticesinde yayınlanan bildirilerin hükümlerini tehlikeli görüp, ihtilal propagandasını karşı propaganda ile önlemek istemeleridir. Bu ideoloji savaşında Osmanlı Devlet adamlarının tehlikeli

⁵³ Bu konudaki tartışmalar için bkz: **Gemalmaz**, a.g.e. s. 148-162, **Fendoğlu**, a.g.e. s. 76-87, diğer tartışmalar için **Fendoğlu**, s. 103-115

⁵⁴ **Akad**, a.g.e. s. 181

⁵⁵ **Bülent Tanör**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2006, s. 24

⁵⁶ **İlber Ortaylı**, *Türkiye İdare Tarihi*, Ankara:TODAİE Yayınları no:160, 1979, s. 261

⁵⁷ **Akad**, a.g.e. s. 183

gördüğü nokta Fransız İhtilali'nin Özgürlük ilkelerinden çok İmparatorluğun Türk olmayan unsurları arasında bağımsızlık fikrinin yayılmasıdır.⁵⁸

Osmanlı Devletinde Senedi İttifakın ilanından sonra yenileşme hareketleri biraz duraksamıştır. Fakat çok geçmeden özgürlüklerin gelişmesine büyük katkı sağlayacak olan Tanzimat dönemi başlamıştır.

Tanzimat dönemi Gülhane Hattı Hümayunu ile başlar. Aslında Osmanlı Devletinde yaklaşık üç asırdan beridir tahta çıkan her padişahın tebaasına vaatlerini belirttiği klasik "adalet name" geleneğinin bir devamı olan⁵⁹ Gülhane Hattı Hümayununda yeni kanunların hazırlanmasının gereğinden bahsedilmiş, can, mal ve namus güvencesi, kişi güvenliği, adil ve eşit vergileme, askerlik hizmetinde eşitlik ve adillik gibi hak ve güvenceler sağlanmıştır.⁶⁰ Fermanın bir özelliği de Senedi İttifak ta olduğu gibi sadece merkezi idare ve ayanlar arasında değil toplumun tümüne ilan edilmiş bir fermanıdır. Hatta teminat altına aldığı haklardan yararlanmak için din farkını gözetmemiştir.⁶¹

Hak ve özgürlükler ile batılılaşma bakımından Osmanlı Devletinde Tanzimatın önemli bir yeri vardır. Bazı yazarlarca Türklerin ilk haklar bildirisi olarak tanımlanmıştır.⁶² Fakat yine bazı yazarlarca benimsenen ortak görüşe göre 1839 Gülhane Hattı Hümayunu'nun tanıdığı haklar listesi, Avrupa ve Amerika'daki örneklerle karşılaştırılamayacak kadar zayıftır.⁶³

Tanzimat döneminin ikinci fermanı olan 1856 Islahat Fermanı ile 1839 Gülhane Hattı Hümayunun kesilen hızı yeniden ivme kazanmış, Gülhane Hattında vaat edilen devletin bütün uyrukları için can, mal ve ırz güvenliği, vergi ve askerlik işlerinin bir düzene bağlanması ilkeleri teyit edilmiştir.⁶⁴ Bunun yanında Islahat

⁵⁸ **Kapani**, a.g.e. s. 89,90

⁵⁹ **Halil İnalçık**, "Senedi İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu" *Türk Tarih Kurumu, Belleten Dergisi* Ankara: 28. Cilt/sayı:112 (1964), s. 603

⁶⁰ **Akad**, s. 185

⁶¹ **Kapani**, a.g.e. s. 90

⁶² **Tanilli**, a.g.e, s. 176

⁶³ Gös. Yer., **Kapani**, a.g.e. s. 96

⁶⁴ **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Basım, 1993, s. 3

Fermanının ağırlık noktası Müslüman ve Hıristiyanlar arasındaki eşitliktir.⁶⁵ Ağırlık noktasından da anlaşılacağı üzere fermanın bu atılımının doğrudan Batılı devletlerin baskısı altında ve onların itelemesiyle yapıldığını kaydetmek gerekir.⁶⁶ Yine fermanın bir özelliği olarak ilk defa “insan hakları” kavramına yer vermesidir.⁶⁷

Genel olarak Tanzimat dönemine (Gülhane Hattı Hümayunu, Islahat Fermanı) bakıldığında hukuk devleti yolunda önemli adımların atıldığını görürüz. Bununla beraber toplumda da bir değişimi gözlemleyebiliriz.⁶⁸ Fakat fermanlarda yer alan ilkelerin etkinliğini sağlayabilecek ve padişahın yetkilerini sınırlayacak mekanizmaları göremeyiz. Ferman hükümlerine uyup uymamak padişahın takdirindedir.⁶⁹

Tanzimat dönemini, 3. Selim ve 4. Mahmut’un padişahlığı zamanında meydana gelen yenilik çalışmalarının birikiminin bir sonucu olarak niteleyebiliriz. Aynı şekilde Tanzimat’taki gelişmelerde Osmanlıda Meşrutiyetçilik akımına zemin hazırlamıştır.⁷⁰ Tanzimat döneminin yenilik hareketleri ve fermanlar batıyı sürekli takip eden gelişmeleri izleyen ve Genç Osmanlılar denen bir zümre oluşmasını sağlayıp bunlar ekseninde büyüyecek olan bir anayasacılık hareketinin doğmasını sağlamıştır.⁷¹

Genç Osmanlılar belirli ve köklü bir ortak siyasi doktrine sahip değillerdi. Fakat hepsi iktidarın sınırlandırılması fikri etrafında birleşiyorlardı. İstenen batılı örneğe uygun bir meşruti rejimdi. Bu nedenle Tanzimat yetersiz görülmüştür. Bu dönemde artık hürriyet kelimesi de İslami çerçevesinden sıyrılarak batılı anlamda kullanılmaya başlanmıştır.⁷² Yine Genç Osmanlılar Osmanlı Devletinde ilk defa olarak

⁶⁵ Tanilli, s. 177

⁶⁶ Kapani, s. 98

⁶⁷ Gören, a.g.e. s. 13

⁶⁸ Akad, a.g.e. s. 186

⁶⁹ Özbudun, a.g.e. s. 4

⁷⁰ Tanör, a.g.e. s. 94

⁷¹ Özbudun, s. 4

⁷² Kapani, s. 102

liberal siyasi düşünceyi yayılması ve gerçekleşmesi yolunda çalışan, fikir ve eylem grubunu oluşturmuştur.⁷³

Bu fikir ve eylem grubunun çalışmalarının etkisiyle Türk toplumunun ilk yazılı Anayasası olarak kabul edilen 1976 Kanuni Esasi' si ilan edilmiştir. Hukuki niteliği itibarıyla Kanuni Esasi biçimsel olarak padişahın tek yanlı işleminden doğmuş olan bir ferman anayasadır. Zira bir kurucu meclis ya da halkı temsil eden parlamento tarafından hazırlanmış ve halkoyuna sunulmuş değildir. Ancak hukuk dışı etmenlerin bu Anayasanın kabulünde rol oynadığı bilinmektedir.⁷⁴

Kanuni Esasi kişi hak ve özgürlüklerini “Tebaayı Devlet-i Osmaniye'nin Hukuki Umumiyesi” başlığı altında⁷⁵ ilk defa klasik esaslara uygun olarak ve oldukça geniş bir liste halinde sıralamıştır.⁷⁶ Bu haklardan bazıları; Osmanlı Devleti uyruğu herkes din ve mezhebi ne olursa olsun Osmanlı sayılır. (md. 8) Bunlar yasa önünde hak ve ödevler bakımından eşittir. (md. 17) Osmanlılar kişi özgürlüğüne (md. 9) ve kişi dokunulmazlığına sahip olup yasanın gösterdiği yoldalar dışında cezalandırılmazlar. (md. 10) Konut dokunulmazlığı tanınmıştır. (md. 22) Her türlü eziyet, işkence müsadere ve angarya yasaktır. (md. 24,26) Dinsel özgürlükler (md. 11) tanınmış fakat düşünce özgürlüğünden bahsedilmemiştir. Basın hürriyeti, dilekçe hakkı, mülkiyet hakkı ve hiç de azımsanamayacak olan tabii hâkim güvencesi (md. 89) gibi yargısal güvencelere yer verilmiştir.⁷⁷

Kapani'ye göre Kanuni Esasinin başlıca karakteristiği güvencesizlik ve müeyyide yokluğudur. 113. Maddede Padişaha tanınan Mebusan Meclisini fesih yetkisi bunun açık bir kanıtıdır. Nitekim Osmanlı'nın bu ilk parlamentosu Osmanlı-Rus savaşı ve dış politikanın ağır koşullarının etkisiyle Padişah tarafından bu maddeye dayanılarak feshedilmiştir.⁷⁸

⁷³ Akad, s. 190

⁷⁴ A.g.e. s. 191

⁷⁵ Tanör, a.g.e. s. 145

⁷⁶ Temel hak ve özgürlükler için bakınız: Kanuni Esasi, Tebaayı Devlet-i Osmaniye'nin Hukuki Umumiyesi, (madde 8-26)

⁷⁷ Tanör, a.g.e. s. 145-147, Kapani, a.g.e. s. 103

⁷⁸ Akad, a.g.e. s. 195

Bu tarihten sonra ÷lkede meşrutiyet denemesi yerini otuz yıl kadar sürecek olan mutlakiyet rejimine bırakmıştır. Mutlakiyet rejimine karşılık olarak Tanzimattan başlayan reform hareketlerinden tam bir sonuç çıkmamış olması nedeniyle 19. Yüzyılın sonlarına doğru özgürlükçü eşitlikçi bir muhalefet grubu olarak Jön Türkler doğmuştur. Bu hareketin birinci harekete oranla fikir ve eylem yönünden daha kuvvetli olduğu söylenebilir. Daha geniş bir kitleye yayılmış olan Jön Türkler hareketi Padişah 2. Abdulhamid'i tekrar meşrutiyeti ilan etmek zorunda bıraktırmıştır.

İkinci Meşrutiyeti hazırlayan sebeplerin tarihi ve siyasi açıdan iki önemli boyutu vardır. Birincisi İkinci Meşrutiyetin ilanı, İmparatorluğun son yüzyılda girdiği hemen bütün savaşları kaybeden bir ordunun sivil yönetime karşı tutumunun yeniden düzenlenmesinin sonucudur. Bu düzenleme askerin başlangıçtaki dağınık hareketlerini zamanın düzeninde eriterek siyasetle yoğurmuş ve komitacı bir çizgiye taşımıştır. Tanzimat evresinde yapılan reformların diplomasi mesleğinden gelen sivil bürokratların öncülüğünde yürütüldüğü dikkate alınırsa 1908'de geline çizginin, ordunun siyasi alana müdahalesinin ilk modelini oluşturduğu söylenebilir. İkincisi ise ikinci meşrutiyetin ilanı uzun yıllar süren örgütlenmeler ve toplumda yaygınlaşan düşüncelerin sonucu, Osmanlı Devleti tarihinde ilk defa halk unsurunun katıldığı bir reform girişimidir. İlk defa demokratik ve liberal bir uzlaşma zemini üzerinde tüm tebaanın, Osmanlıcılık ideolojisi etrafında toplanarak girışilen aşağıdan gelen bir harekettir.⁷⁹

1908 yılında yeniden ilan edilen meşrutiyetten sonra 1909 yılında mutlakiyet yanlılarının başlattığı ve tarihimize "31 Mart Vakası" olarak geçen ayaklanma neticesi Padişah 2. Abdülhamid tahttan indirilmiş ve Anayasada parlamenter sistem lehine önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile Padişahın yetkileri daraltılarak Mebusan Meclisinin yetkileri genişletilmiştir. Bakanlar kurulunun Mebusan Meclisine karşı sorumlu olduğu açıkça belirtilmiş, Padişahın Meclisi Feshetme yetkisi, Ayan meclisinin onayı ve üç ay içinde yeni seçim yapılması şartlarına bağlanmıştır. Kanun teklif edebilmek için padişahın onayı şartı kaldırılmıştır. Anayasada yapılan bu önemli değişikliklere rağmen ÷lkenin içinde bulunduğu ağır koşullar ve ÷lkede yeterli bir

⁷⁹ A.g.e, s. 197

demokrasi geleneğinin bulunmaması sonucunda Anayasa yeteri biçimde uygulanamamıştır. Şunu da belirtmek gerekir ki Anayasal yönetim perdesinin gerisinde İttihat ve Terakki Partisinin diktatörce yönetimi ortaya çıkmıştır.⁸⁰

1.2.3. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Gelişmeler

Hak ve özgürlükler açısından bakıldığında 1921 Anayasasında (Teşkilatı Esasiye Kanunu) bir değişiklik göremeyiz çünkü 20 Ocak 1921 Anayasası bir geçiş dönemi Anayasası olarak, Milli Mücadelenin çok dinamik, olağanüstü şartlarına uymakta ve demokratik niteliğinin yanı sıra ihtilalcı karakterini de korumaktaydı. Kurtuluş Savaşının olağanüstü koşulları göz önünde tutularak hazırlanan 1921 Anayasası, 23 maddeden oluşmaktadır. Kurtuluş Savaşının karakterine uyarak milli hâkimiyet prensibini ilan eder, Bunun içindir ki 1. maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu hükmüne yer verir. Devam eden savaşın kazanılması ve siyasi çalkantılardan uzak kalınması amacı ile de yasama ve yürütme gücü Büyük Millet Meclisinin bünyesinde toplanmıştır. 3. Madde ile yeni devletin adı Türkiye olarak konulmuştur. Anayasada Büyük Millet Meclisi ile idari taksimata ağırlık verilmiştir. Devlet Başkanı yoktur. Yurttaşların temel hak ve görevleri düzenlenmemiştir. Yargı ile ilgili hüküm bulunmamaktadır.⁸¹

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu fert ve özgürlüklerden bahsetmemektedir. Bu hususta 1909 Anayasası yürürlükte kalmaktadır. Esasen Anayasanın hepsi 23 madde ile tek maddeden ibarettir. Olağan üstü hallere özgü bir yönetim iskeletini çizmektedir.⁸²

20 Ocak 1921 gün ve 85 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Anayasa Hukukumuzda özel ve önemli bir yeri vardır. Çünkü demokrasi fikrini hukukileştiren,

⁸⁰ Özbudun, a.g.e. s. 4,5

⁸¹ İrfan Bingöl, *Ülkemizde Anayasal Gelişmeler*, İstanbul:1993, s. 84

⁸² Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul : İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 83

ona ilmi bir temel vermek isteyen milli egemenlik teorisi, 1921 Anayasası ile Anayasa Hukukumuzda girmiş ve Osmanlı İmparatorluğunun enkazı üzerinde yeni Türk Devleti bu Anayasanın mihrakını teşkil ettiği bir hukuk düzenini temel alarak kurulmuştur. Bu hukuk düzeni içinde 1921 Anayasasının tek pozitif Anayasa Hukuku metnini teşkil etmediğini de belirtmek lazımdır. Gerçekten 1-2 Kasım 1922 günlü ve 308 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiye Kararında, 16 Mart 1920 günü son bulunduğu kabul olunan İstanbul'daki şekli hükümetin yerine devlet faaliyetlerinin düzenlemeye başladığı kabul olunan, Heyeti Temsiliyenin başkanı Mustafa Kemal'in 19 Mart 1920 de yaptığı tamimden, 20 Nisan 1921 Anayasasının kabul edildiği güne kadar, anayasa hükmü niteliğinde yirmi kadar kanun, kararname ve karar uygulanmaya konmuştur.⁸³

1921 Anayasası, olağanüstü koşulların Anayasasıydı. Kurtuluş Savaşı sonrasının ve devletin örgütlenmesinin getirdiği sorunlar ise, yeni ve daha kapsamlı bir Anayasayı gerekli kılıyordu. Büyük Millet Meclisi tarafından bu amaçla bir komisyon kuruldu. Komisyonun, Fransa III. Cumhuriyet ve Polonya Anayasalarından da yararlanarak hazırladığı tasarı Meclis'te görüşüldü. Bazı maddeleri değiştirilerek kabul edildikten sonra, 20 Nisan 1924 tarih ve 491 sayılı yasayla Teşkilatı Esasiye Kanunu kabul edildi.

1924 Anayasası, temel hak ve özgürlüklere fazla önem vermemiştir. Anayasa bunları, "Türklerin Kamu Hakları" başlığı altında toplamıştır. Bu önemsemeyişin temel nedeni, TBMM'nin ulusun tek ve gerçek temsilcisi olduğu bir düzende, bu hakların ulusun temsilcileri tarafından yasa yoluyla yeterince korunacağını varsayılmış olmasıdır. Bu Anayasada, genel ve soyut bir özgürlük ve eşitlik öngörülmüş, zorunlu ilköğretimin devlet okullarında parasız olması dışında (md. 87), toplumsal haklara hiç değinilmemiştir.⁸⁴ Anayasada belirtilen hak ve özgürlükler can, ırz ve mal dokunulmazlığı, işkence, eziyet, müsadere ve angarya yasağı, kişi güvenliği, düşünce, din, vicdan, söz, dilekçe, yayın, eğitim, yolculuk, çalışma, sözleşme hak ve özgürlükleri, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, postadaki

⁸³ A.g.e. s. 76

⁸⁴ Can Eroğul, *Anatüze ye Giriş*, Ankara: İmaj Yayınları, 1997, s. 217

evrakın dokunulmazlığı, basına sansür yasağı, dernek ve toplantı hakları biçiminde sıralanabilir. Görüldüğü gibi, sendika, grev ve toplu pazarlık, toplu sözleşme gibi kolektif emekçi hakları tanınmamıştır. Sosyal güvenlik, iş hakkı, sağlık ve konut hakları gibi alanlarda da devlete düşen ödevlerden bahsedilmemiştir. Kısacası, Anayasanın devlet felsefesi sosyal değil liberal ve bireyci olup kişinin kendi yaşamını yine kendisinin düzeltmesi gerektiği inancına dayalıdır.⁸⁵ Ancak Anayasanın kaldırıldığı tarihe değin (1960), sosyal haklar alanında küçümsenmeyecek adımlar atılmıştır. Bu gelişmeler iki yönde olmuştur: 1. Bazı sosyal haklar yaratan özel kanunlar yoluyla. Kömür madeni işçilerine tanınan haklarla (1920), Frenginin önlenmesi kanunu, iş kanunu (1936) ve iş kazaları, meslek hastalıkları ve analık sigortalarıyla ilgili haklar (1945,1950) buna örnek gösterilebilir. 2. Uluslararası kimi antlaşma ve sözleşmelere katılmak yoluyla. Buna göre, çalışma ve mesleki hastalıklar sözleşmeleri hukuk sistemine dâhil edilmiştir (1937, 1946). Anlaşıyor ki, 1924 Anayasası, sosyal haklara yer vermediği halde, özel kanunlarla kabul edilen haklar, döneme sosyal bir karakter vermiştir.⁸⁶

1961 Anayasasına bakıldığında 1961 Anayasasının ikinci kısmı, Temel Hak ve Ödevler başlığını taşır. İnsan haklarına dayanan devlet, bu hak ve ödevlerin düzenlemesinde insan onuruna ve kişi özgürlüğüne öncelik tanıyan devlettir. Bu yaklaşımda özgürlük asıl, sınırlama istisnadır. 1961 Anayasasının temel hak ve ödevler kısmı böyle bir anlayışa dayanır.⁸⁷

1961 Anayasası temel hak ve özgürlükler alanında geniş bir düzenlemeye gitmiştir. Temel hak ve özgürlükleri, kişi hakları, sosyal ve iktisadi haklar, siyasal haklar olmak üzere üç kümede, ortak kuralları da genel hükümler adı altında toplamıştır.

1961 Anayasası da doğal hukuk anlayışının etkisi altında “herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Kuralına yer vermişti. Fakat bu Anayasa klasik kişi hakları ve siyasal haklar dışında

⁸⁵ Tanör, a.g.e. s. 311

⁸⁶ Tunaya, a.g.e. s. 335

⁸⁷ Yavuz ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya: Mimoza Basın Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2002, s. 31

ekonomik ve sosyal hakları da temel haklar içinde değerlendirmişti. 1961 Anayasasının 1924 Anayasasına göre temel hak ve özgürlükleri çok daha sistemli ve ayrıntılı düzenlemesi bu Anayasasının yapılışına yol açan nedenlerden kaynaklanmaktadır. Temel hak ve özgürlükler bakımından 1961 Anayasasında en göze batan özellik, özgürlüğü temel sınırlamayı istisna olarak alması ve özgürlüğü sınırlayan yasanın temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmayacağını öngörmesidir.⁸⁸

1924 Anayasası hürriyetler bakımından Tabii doktrine bağlı olduğunu belirtmekteydi. 1961 Anayasasında böyle bir ifade yoktur. Bunun sebebi gerekçelerde de belirtildiği gibi doktrin münakaşalarına meydan bırakmamaktır. Bu şekilde 1961 Anayasası hürriyetlerin kaynağı ve dayanağı konusunda olduğu gibi, onlara toplum hayatında geçerlik kazandırma konusunda da “romantik ve metafizik” görüşlerden uzaklaşarak gerçekçi ve çağdaş bir yaklaşımı benimsemiş bulunmaktadır.⁸⁹

1961 Anayasasının getirdiği en önemli yeniliklerden birisi hiç şüphe yok ki çağdaş hürriyet anlayışıdır. Yalnız 1789 modeli bir haklar listesine yer vermiş olan eski Anayasa ile aralarındaki belki en esaslı fark da bu noktada görülür. Anayasanın “Sosyal ve İktisadi ve Siyasi Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan üçüncü bölümde yer alan hükümler (md. 35-53) Türk Kamu hukukunda yeni ufuklar açan devrimci bir görüş ve düşünüşün ifadesini taşımaktadır. Bu bölümde mülkiyet hakkı 18. Yüzyıl liberalizminin kişiliğe bağlı kutsal ve dokunulmaz niteliğinden sıyrılarak, kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilecek ve hiçbir zaman toplum yararına aykırı olarak kullanılamayacak sosyal bir fonksiyonu olan hak niteliğine kavuşmuştur.⁹⁰

1.3. 1982 ANAYASA’SINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

⁸⁸ Gören, a.g.e. s. 14

⁸⁹ Kapani, a.g.e. s. 120

⁹⁰ A.g.e s. 121

1982 Anayasasında insan hakları kavramına genel olarak bakılacak olursa; 1982 Anayasasının, 176. madde dolayısıyla esas metne dâhil sayılan Başlangıç bölümünde insan hakları kavramının özü olan "insan onuru" kavramına atıfta bulunulmuş (prf. 6), Cumhuriyetin niteliklerinden söz eden 2. Maddesinde ise insan haklarına saygılı, demokratik toplum ve devlet düzeni ilke olarak düzenlenmiştir.⁹¹ Anayasa bu düzenlemeleriyle belli bir anlayış şeklini ifade ederek, insan onuru kavramının çok önemli bir evrensel bir değer olduğunu vurgulamış, bireylerin sırf insan olmaları dolayısıyla doğuştan ya da yaradılıştan itibaren sahip oldukları hak ve özgürlüklerinden faydalanacaklarını belirtmiştir.⁹²

Anayasa 4. madde dolayısıyla getirmiş olduğu bu değişmezlik düzenlemesiyle 2. maddenin diğer Anayasa kuralları karşısında hiyerarşik olarak üst norm niteliği taşıdığını kabul etmiştir.⁹³ Anayasa Mahkemesi de pek çok içtihadında insan hakları kavramını üstün kural (supranorm) olarak nitelemiştir.⁹⁴

Anayasanın 10. Maddesinde, insan hakları kavramının özü olan keyfi ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Buna göre herkes, kendisi dışında ve gayri iradi olarak sahip olduğu ikincil nitelikteki dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

95

Temel hak ve özgürlükleri düzenlenme açısından baktığımızda; 1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetler anayasanın ikinci kısmında "Temel Hak ve Ödevler" başlığı altında düzenlenmiştir. Başlıkta özgürlük sözcüğü yer almamasına karşın bu sözcüğün başka hükümlerde yer aldığı görülebilir.⁹⁶ 1982 Anayasası tıpkı 1961 Anayasası gibi temel hak ve özgürlükleri ünlü Alman Kamu Hukukçusu Jellinek tarafından yapılan geleneksel ayırma uygun olarak, çağdaş klasik demokrasilerdeki

⁹¹ **Mehmet Merdan Hekimoğlu**, "1982 Anayasasına Göre İnsan Hakları Kavramı" *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7. Sayı, Mayıs-2002,

<http://sbe.balikesir.edu.tr/dergi/edergi/c5s7/makale/c5s7m4.pdf> (erişim tarihi: 12. 7. 2008)

⁹² **A.Şeref Gözübüyük**, *Anayasa Hukuku*, Ankara:Turhan Kitabevi, 1999, s. 166

⁹³ **Gören**, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir: Barış yayınları, İzmir Fakülteler Kitabevi, s. 81

⁹⁴ **Gören**, *Temel Hak Genel Teorisi*, s. 21

⁹⁵ **Hekimoğlu**, a.g.m.

⁹⁶ **Memiş**, a.g.e. s. 220

hak ve özgürlüklerin hemen hepsini içerecek bir şekilde⁹⁷ üçlü bir tasnif modeline göre düzenlemiştir.⁹⁸ Koruyucu haklar (status negativus), sosyal haklar (isteme hakları ya da (status positivus)) ve siyasal (katılma hakları ya da status activus) haklar. Böylece yalnızca kişi hakları ve siyasi hakları değil, aynı zamanda sosyal ve ekonomik hakları da temel hak ve özgürlükler arasında sayarak, çağdaş görüşü benimsemiştir.⁹⁹

Koruyucu haklar, bireyi iktidarlara, devlet gücüne, diğer bireylere ve birey topluluklarına karşı koruyan ve onlara bir çeşit dokunulamaz, müdahale edilemez "özgürlük sahası" tanıyan hak ve özgürlüklerdir.¹⁰⁰ Devlet bu hak ve özgürlükleri garantiye almalı ve bireylerin faydalanabilmelerini sağlamaya yönelik gerekli tedbirleri almalıdır.¹⁰¹ Bu haklar Anayasanın ikinci bölümünde "kişinin hakları ve ödevleri" başlığıyla 17. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklere örnek olarak aşağıdaki hak ve özgürlükler söylenebilir:

-Yasama, kişi dokunulmazlığı, özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı; vücut bütünlüğü hakkı (md. 17); zorla çalıştırma yasağı (md. 18), özel hayatın gizliliği (md. 20), konut dokunulmazlığı (md. 21), haberleşme hakkı ve özgürlüğü (md. 22), yerleşme ve seyahat özgürlüğü (md. 23), din ve vicdan özgürlüğü (md. 24), düşünce ve vicdan özgürlüğü (md. 25), düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, basın özgürlüğü (md. 28), dernek kurma özgürlüğü (md. 33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (md. 34) ve mülkiyet hakkı (md. 35).

Koruyucu hakların karşılığında sosyal haklar ise bireye, devletten olumlu bir eylem, bir hizmet veya yardım isteme hakkı tanırlar ve biçimsel özgürlüğün fiili olarak kullanılabilmesinin kolaylaştırılmasını isterler.¹⁰² Buna göre önemli olan biçimsel değil, gerçek özgürlüğün eşitliğidir. Bu gruba giren ve 1982 Anayasasının "sosyal ve

⁹⁷ Gören, a.g.e. s. 357

⁹⁸ Gözübüyük a.g.e. s. 167

⁹⁹ Mehmet Genç, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri*, Bursa: Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı Yayınları, 1997, s. 23

¹⁰⁰ Gözübüyük, a.g.e. s. 167

¹⁰¹ Hekimoğlu, a.g.m.

¹⁰² Gözübüyük, a.g.e. s. 167

ekonomik haklar ve ödevler" bölümünde ayrıntılı bir şekilde düzenlenen hak ve özgürlüklere aşağıdaki örnekler verilebilir.

Ailenin korunması (md .41), eğitim ve öğrenim hakkı (md. 42), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (md. 48), çalışma hakkı (md. 49), dinlenme hakkı (md .50), sendika kurma hakkı (md. 51), toplu iş sözleşmesi hakkı (md. 53), grev hakkı (md. 54), konut hakkı (md. 57).

Siyasal haklar ise vatandaşa siyasi iradenin oluşumuna, siyasi gücün kullanılmasına katılma, ülkenin yönetiminde pay sahibi olma ve kamu aktivitelerine katılma olanağını sağlayan haklardır.¹⁰³ Böylece katılımcı demokrasi anlayışı gereği o ülkede yaşayan yurttaşlar siyasal egemenliğin kullanılmasında söz sahibi olacak ve ülke yönetimine ilişkin alınan kararlara yön verebileceklerdir. Anayasanın "Siyasal haklar ve ödevler" bölümünde düzenlenmiş olan bu tür haklara örnek olarak aşağıdaki haklar verilebilir;

Seçme ve seçilme hakkı (md. 67), kamu hizmetlerine girme hakkı (md. 70), vatan hizmeti hakkı ve ödevi (md. 72), vergi ödevi (md. 73), dilekçe hakkı (74).

Temel hak ve özgürlükler rejimi açısından 1982 Anayasasına bakıldığında; İnsan haklarının devlet güvencesi sağlanarak Anayasa ya da yargı kararlarıyla somutlaşmış halleri olan temel hak ve özgürlükler Anayasamızın 12. ve devamı maddelerinde yer almıştır. Düzenleniş şekli ve içeriği itibarıyla doğal hukuk düşüncesinin Anayasamızdaki bir yansıması olan 12. maddeye göre¹⁰⁴; “Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Ve devlet "hürleştirme" anlayışı gereği,¹⁰⁵ kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmakla, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla yükümlü kılınmıştır. (md. 5) Bireyler açısından getirilen Anayasal hakların kullanımının gerçek anlamda sağlanması 5. madde dolayısıyla bir devlet görevidir. Buna göre; kişilerin ve toplumun

¹⁰³ A.g.e. s. 177

¹⁰⁴ A.g.e. s. 348

¹⁰⁵ Özbudun, a.g.e., s. 81,105

refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak devletin temel amacıdır.¹⁰⁶

1982 Anayasasının ilk haline göre bütün temel hak ve özgürlükler yalnızca, 1961 Anayasasında da öngörüldüğü üzere (md. 11), o özgürlükle ilgili maddede yer alan özel sınırlama sebepleriyle değil, aynı zamanda, Anayasada açıkça zikredilen (md. 13) "milli egemenlik", "milli güvenlik", "kamu düzeni", gibi genel sınırlama sebepleriyle de sınırlanabilecektir. Bu şekilde 1982 Anayasasının ilk hali temel hak ve hürriyetler rejimi açısından otoriteyi özgürlüğe, toplumu da bireye tercih eden yeterince özgürlükçü olmayan bir anlayışı esas alarak, yürütmeyi güçlendirmiştir.¹⁰⁷

Ancak bu durum 2001 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile değişmiştir. Yapılan Anayasa değişikliğinin, hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda gerçekleştirmiş olduğu yeniliklerden biri, bütün temel hak ve özgürlüklere uygulanabilme olanağı bulunan (md. 13) ve Anayasada açıkça zikredilen "milli egemenlik", "milli güvenlik", "kamu düzeni", "genel asayiş", "kamu yararı" ve "genel sağlık" gibi genel sınırlama sebeplerini kaldırması olmuştur. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı olarak 1982 Anayasasınca getirilen ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesince de kabul edilen getirilecek sınırlamanın "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı" ifadesi yeterli bulunmayarak, "demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamak" ölçütü getirilmiştir. 13. maddede yer alan "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" ile 14. maddedeki "hürriyetlerin kötüye kullanılmasının yaptırımlarına" dair düzenlemeler esas itibarıyla korunmuştur.¹⁰⁸ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunu oluşturan bu değişiklikler ve düzenlemelere ileride ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

Anayasa, diğer kurallarından ve özellikle Devletin işleyiş ve yapılanmasıyla ilgili hükümlerden önce insan haklarını düzenleyerek, biçimsel açıdan ona önem veren çağdaş görüşü benimsemiştir. İnsan haklarıyla ilgili kurallar, sahip oldukları bu düzenlenme öncelikleri dolayısıyla güçleri iki kat arttırılmış kurallar olarak devleti

¹⁰⁶ Hekimoğlu, a.g.m.

¹⁰⁷ A.g.m.

¹⁰⁸ A.g.m.

düzenleyen Anayasa hükümlerini doğrudan etkilerler ve onlara bu özellikleri sebebiyle ve Anayasa kurallarının bütünlüğü ilkesi gereği anlam kazandıran bir işlev görürler. Anayasa Mahkemesine göre¹⁰⁹ yalnız şematik olarak değil, içerik olarak da Anayasa, özgürlükçü görüşü benimsemiştir.¹¹⁰

BÖLÜM II

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

2.1. KAVRAMLAR

2.1.1. Düzenleme ve Tanıma Kavramı

Genel olarak düzenleme, bir konunun esaslarını bir hukuki metin halinde ortaya koymak manasına gelir. Temel hak ve hürriyetler alanında ise, bazı hukuki metinlerde bir temel hak ve hürriyetin varlığını ve esaslarını belirtmektir. Esasları belirtirken, o temel hak ve hürriyetin sınırları da belirtilir ve belirtilmektedir.¹¹¹

Bir toplumda hiçbir zaman sınırsız hürriyet diye bir şey olamayacağı, sınırsız hürriyetin anarşi ve neticede hürriyetsizlik doğuracağı, uzun boylu açıklamayı gerektirmeyen bir gerçektir. Şu halde hürriyetlerin var olabilmeleri, kişi yönünden pratik bir değer ifade edebilmeleri için, onların sınırlarının belirtilmesi, kullanılma

¹⁰⁹ AYMK, E.1985/8, K.1986/27

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-27.htm> (Not: dipnotlarda Anayasa Mahkemesi Kararlarına yapılan atıflar <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> ‘den alınmıştır. Bundan sonraki kararlar için ayrıca belirtilmeyecektir.)

¹¹⁰ Hekimoğlu, a.g.m.

¹¹¹ Servet Armağan, “Türk Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düzenlenmesi ve Sınırlanması (Şematik Bir Açıklama)”, <http://profservetarmagan.blogcu.com/TEMEL+HAKLAR/> (erişim tarihi: 14. 7.2008)

yollarının gösterilmesi, ayrıntılı kurallarla çerçevelenmesi, kısaca düzenlenmeleri gereklidir.¹¹²

Hak ve ödevlerin düzenlenmesi konusunda en çok karşılaşılan terimler Anayasa ve yasalardır. Kamu hukuku literatüründe, yasaların düzenlemedeki önemi, Anayasalarda tanınan güvence ve yetkili organın konumu gibi konular epeyce ayrıntılı olarak karşımıza çıkıyor.¹¹³ Bahsedilen Anayasa ve yasalar düzenlemenin araçlarını oluşturmaktadır.

Anayasalara bakıldığında, dünya devletlerinde anayasalı hayata geçildiğinden bu yana bir temel hakkın Anayasada yer alması, o hakkın varlığı ile eş anlamlı kabul edilmiştir. Bu durum “temel hakkın tanınması” olarak adlandırılmıştır. Bunun netice olarak izahı; eğer bir hak veya hürriyet anayasada düzenlenmemişse o hak veya hürriyet yok ve kabul edilmemiş anlamına gelmektedir. Fakat bir hakkın Anayasaca düzenlenmesi şart değildir. Kanun ile de düzenlenmesi mümkündür. Örneğin ülkemizde kadınlara seçme ve seçilme hakkı 1924 Anayasasında 1934 yılında yapılan değişikliği ile tanınmıştır. Burada aslında tanınan “siyasi seçme ve seçilme hakkıdır.” Çünkü kadınlara seçme ve seçilme hakkı 1930 Belediyeler Kanununda yapılan değişiklikle tanınmıştır. Ve bu tanıma Anayasa ile değil bir kanunla yapılmıştır.¹¹⁴

Bu iki temel düzenleme aracı dışında tüzük yönetmelik gibi idari işlemleri, uluslar arası anlaşmaları, hatta Armağan’a göre¹¹⁵ yargı işlemlerini de bu statüye dâhil etmek mümkündür.

Temel hak ve hürriyetlerin toplum içinde kullanılmasının düzenlenişinde önleyici ve düzeltici olmak üzere iki temel sistem vardır. Önleyici sistemde hürriyetin kullanılması, sınırların aşılmasını ve kötüye kullanmayı engellemek amacıyla önceden bazı kayıtlar altına sokulmuştur. Bu sistemde, prensip olarak belli bir hürriyetin kullanılması şartsız olmayıp, önceden izin almaya veya hiç değilse bir bildirimde bulunmaya bağlıdır. Düzeltici sistemde ise önceden izin alınması söz konusu değildir.

¹¹² Kapani, a.g.e. s. 217

¹¹³ Akad, a.g.e. s. 229

¹¹⁴ Armağan, a.g.m.

¹¹⁵ A.g.m

Hakkı kullanmak isteyen kişi yaptığı işlem neticesinde sorumluluğu üstlenmek üzere yani kanunun sınırlarını aştığı vakit geçerli olan tazminatı ödemeyi kabullenmek üzere serbestçe hareket edebilir.¹¹⁶

2.1.2. Genel olarak sınırlama kavramı ve düzenleme ile sınırlama farklılığı

Sözlük anlamıyla daraltma ve kayıtlama manasına gelen sınırlama kavramı teknik-hukuki bakımdan bir temel hak normunun güvence altına aldığı yaşam kesitini daraltma sonucunu doğuran düzenlemeleri ifade eder. Sınırlama belli bir hakkın Anayasada öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına yasa yoluyla belirli ilkelere uygun olarak dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir karışmadır.¹¹⁷

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi kavramı bazen sınırlandırma kavramı ile eş anlamlı kullanılmaktadır. Anayasa temel haklar konusunda çoğu kez sınırlama terimini kullanmıştır. Ancak bazı maddelerinde “düzenleme” ve “sınırlama” kavramları arasındaki ilişkinin incelenmesi gereklidir. Hukuksal açıdan, sınırlama ancak yasa ile olabileceğinden, her sınırlamanın bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Kimi yazarlar, düzenleme ile sınırlamanın özdeşliğini, her düzenlemenin bir sınırlama, her sınırlamanın da bir düzenleme anlamına geldiğini savunmakta; kimi yazarlarsa her düzenlemenin sınırlama anlamına gelmediğini, hakkı daha güçlü duruma getiren, ona daha etkin bir içerik kazandıran ya da anayasal sınırlarını somutlaştırmaktan ibaret kalan işlemlere düzenleme dendiğini savunmaktadırlar.¹¹⁸

Sınırlama ile düzenlemenin özdeş olduğunu savunan yazarlara göre her düzenleme aynı zamanda özgürlüklerin korunması sorununu da gündeme getirir.

¹¹⁶ Kapani, a.g.e. s. 236

¹¹⁷ Şenoğlu, a.g.e

¹¹⁸ A.g.e

Çünkü her düzenleme ister istemez bir sınırlama getirir. Ve herhangi bir özgürlüğün sınırlandırılmadan düzenlenmesi mümkün değildir.¹¹⁹

Öte yandan sınırlama ile düzenlemenin özdeş olmadığını savunanlara göre ise; her sınırlama bir düzenlemedir fakat her düzenleme bir sınırlama değildir. Yapılan düzenlemenin bir sınırlama olup olmadığını tespit etmek, saptayabilmek için düzenlemenin içeriğine bakmak gerekecektir. Eğer yapılan düzenleme bir hak normunun güvence altına aldığı yaşam kesitini daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu sınırlamadır. Ancak buna karşı temel hakkı güçlendirici, onun daha etkin kullanılmasını sağlayan düzenlemeler sınırlama değildir. Burada ikinci görüşü kabul pozitif hukuk açısından daha doğru görülmektedir. Norm alanına daraltma, kayıtlama getirmeyen, düzenlemelere sınırlama gözüyle bakmak ve sınırlama düzenleme özdeşliğini savunmak zor gözükmektedir.¹²⁰

2.1.3. Sınırlama Kavramı

Toplumsal yaşam ortamında herkes için özgürlük “paylaşılmış” özgürlüktür. Paylaşma olgusu ise zorunlu olarak insan haklarını kısımlaştırır ve kayıtlar. Bir toplumda “herkes”in hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi, sınırlı yararlanma sonucunu doğurur. Çünkü doğal olarak kullanım alanı daralır.¹²¹ Buradan hiçbir özgürlüğün mutlak olmadığı ve her özgürlüğün bir sınırı olduğunu söylenebilir. Örneğin bir kişinin toplum içinde gereğinden fazla yüksek sesle müzik dinlemesi şeklinde bir hakkını kullanması kabul edilemez.¹²² Mutlak özgürlük toplum ve devlet hayatı içinde yer alamaz, çünkü o toplum için tehdit oluşturan bir unsur olarak görülür. Devletin ve toplumun var olabilmesi için ve sürekliliğini sağlamak için özgürlükleri sınırlamak zorunludur. Bu zorunluluğu en geniş hürriyet anlayışına sahip olan hatta hürriyeti yok etme hürriyetini de hoş karşılayan rejimler bile tanımışlardır.¹²³

¹¹⁹ **Turan Güneş**, “*Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*” Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965, s. 103, **Tanilli**, a.g.e. s. 179

¹²⁰ **Fazıl Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Öz*, Ankara: AÜSBF Yayını, 1982, s. 22-23

¹²¹ **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 242

¹²² **Armağan**, a.g.m

¹²³ **Kapani**, a.g.e. s. 228

Konuya eşitlik açısından bakılacak olursa; eşitliğin bulunmadığı yerde ancak bazılarının özgürlüğünden söz edilebilir. Mutlak eşitlik ise, özgürlüğü boğar. Genel olarak eşitlik ilkesi özgürlüğü sınırlar. Özgürlük ve eşitlik birbirini sınırlayan ama birbirinden ayrılmayan, insan haklarının iki ayrı görünümüdür.¹²⁴

Özgürlükleri sınırlamak ve kayıtlar getirmek özgürlüklerden yararlanan kişilerin kendi menfaatleri için gereklidir. Çünkü sadece genel prensipler halinde ilan edilen fakat sınırları belirtilmeyen özgürlüklerin fert için pratik bir değeri olmaz. Bu şekilde ilan edilen prensipler bir özgürlük vaadinden başka bir şey değildir.¹²⁵

Sınırlamanın bir temel hak normunun güvence altına aldığı yaşam kesitini daraltma sonucunu doğuran düzenlemeleri ifade ettiğini yukarıda söylemiştik. Sınırlama kavramının ayrıntıya inilerek biraz daha iyi anlaşılabilmesi için “norm alanı” ve “nesnel sınırlılık” kavramlarının bilinmesi gereklidir. Bu konulara bölüm sonunda değinilecektir.

2.1.3.1. Anayasal Sınırlama

Temel hak ve özgürlüklerin bizzat anayasa ile anayasada öngörülen sebeplerle sınırlandırılmasına anayasal sınırlama denir. Anayasada öngörülen bu sınırlar hakkın tanımında yer alırlar ve o hakkın anayasal sınırlarını oluştururlar. Bu sınırlamanın anlamı anayasaca belirtilen hakkın hangi koşullarda tanımlandığı yani hak olarak kabul edildiğidir. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ancak onun “silahsız ve saldırısız” olması halinde mevcuttur. (md. 34) Hak arama hürriyeti, ancak “meşru vasıta ve yollardan faydalananarak” hak aramayı kapsar. (md. 36) Bilim ve sanatı yayma hakkı “Anayasanın 1’inci, 2’nci ve 3’ncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak” amacına yönelik olmamak şartıyla mevcuttur. (md. 27)¹²⁶

1982 Anayasasından verilen örneklerin yanına diğer ülkelerin Anayasalarından da örnekler eklenebilir. Örneğin; Alman Anayasasının 5’inci maddesi; bilim, araştırma ve öğretim özgürlüğünü düzenlemektedir. Aynı fıkranın 2. cümlesinde “öğretim

¹²⁴ Kaboğlu, a.g.e. s. 242

¹²⁵ Kapani, s. 229

¹²⁶ Özbudun, a.g.e. s. 79

özgürlüğü, Anayasaya bağlılıktan bağımsız tutamaz” kuralı yer almaktadır. Öğretim özgürlüğünün Anayasaya sadakatle bu bağlılığı, öğretim özgürlüğünün etki alanını “Anayasaya bağlı bir öğretim” ile sınırlamıştır.¹²⁷

Bir temel hakkın anayasa tarafından bizzat sınırlanması halinde eğer başka bir yasama işlemiyle bu sınır somutlaştırılırsa, yasa ile yapılan bu düzenleme bir sınırlama yerine geçmemektedir. Burada yasa tarafından yapılan düzenlemenin hukuki değeri, yapıcı (inşai) bir düzenleme değil, açıklayıcı (izhari) bir düzenleme olması gerekir.¹²⁸

Anayasal sınırlama bir temel hak veya özgürlüğün düzenlendiği maddesi ile sınırlandırıldığı gibi ki yukarıda verilen örnekler bu kategoriye girmektedir, anayasanın başka bir maddesiyle de sınırlanabilmektedir.

Anayasanın temel hak ve özgürlükleri sınırlaması soyut veya somut biçimde olabilir. “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatleri karşısında koruma göremeyeceği” (Başlangıç, 5. prf.) şeklindeki hüküm, bilim ve sanatı yayma hakkının, Anayasanın devletin nitelikleriyle ilgili hükmünün değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmayacağını bildiren madde (md. 27), grev ve lokavt haklarının toplum zararına kullanılmaması (md. 54) soyut nitelikteki yasaklardır. Yasama bunların gereğini yerine getirmek, ama bunu yaparken de somutlaştırmak ve belirginleştirmek ödevindedir.¹²⁹

Somit yasaklar ise kendiliklerinden ve doğrudan doğruya uygulanabilecek olanlardır. İşçi olarak en az 10 yıl çalışmış olmayanların sendika ve üst kuruluşlarına yönetici olamamaları (md. 51), siyasal grev ve lokavt, iş yavaşlatma yasakları (md. 54), siyasal partilerin ticari faaliyette bulunmamaları (md. 69), bazı kişilerin parti üyesi olamamaları (md. 68) 1982 Anayasasında bu nitelikteki yasaklamalara örnektir.

¹²⁷ **Gören**, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:6 Sayı:12 Güz-2007/2, s. 45

¹²⁸ **Özbudun**, a.g.e. s. 79

¹²⁹ **Bülent Tanör**, “İnsan Hakları”(Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi s:47-57) İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, Cogito-98, 2000, s. 50

Mahiyetleri gereği bunlar yasada açıkça yer almış olmasalar bile yürütme ve yargı tarafından uygulanabilirler.¹³⁰

2.1.3.2. Yasal Sınırlama

Sınırlamanın Anayasa Mahkemesince yapılan tanımına göre; “Sınırlama belirli bir temel hak ve özgürlüğün anayasada öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır.”¹³¹ Yasal sınırlama Anayasa tarafından tanınmış bir olanaktır.¹³² Çoğu zaman yasa koyucuya geniş takdir hakkı tanınmıştır. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kural olarak Anayasa yetkilidir. Yasa ile sınırlama yapılabilmesi uygulamada anayasalarda kayıt altına alınmıştır. Örneğin 1961 Anayasasında “sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceği” (md. 11) hükmü yer almıştır.¹³³

Anayasa ile yasa koyucuya verilen takdirine bırakılan yasal sınırlamalar, sebebe bağlı olmayan basit yasa kayıtlı sınırlamalar ya da belirli sebeplere bağlı nitelikli kayıtlı sınırlamalar şeklinde iki değişik türde düzenlenmektedir.¹³⁴

2.1.3.2.1. Basit Yasa Kaydı

Basit yasa kaydı, anayasanın sınırlamaya sadece bir yasayla izin verdiği temel haklarda söz konusudur. Basit yasa sınırlaması, müdahale eden yasadan özel isteklerde bulunmaz.¹³⁵ Basit yasa kaydı ile yapılan sınırlama yönteminde anayasada bir hak

¹³⁰ A.g.e. s. 50

¹³¹ **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*, Sayı:19,(2002), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg19/msaglam.pdf> (e.t. 23.8.2008)

¹³² **Tanör**, a.g.e. s. 50

¹³³ **Armağan**, a.g.m.

¹³⁴ **M.Sağlam**, a.g.m

¹³⁵ **Gören**, *Temel Hak Genel Teorisi*, s. 100

düzenlendikten sonra, herhangi bir sınırlama sebebi gösterilmeden o hakkın yasa ile sınırlanıp düzenlenebileceğini belirtmektedir.¹³⁶

Örneğin 1924 Anayasasında temel hak ve özgürlükler, basit yasa kaydına bağlıydılar. “Kanûn ile muayyen olan usûl ve ahvâl hâricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez.” (md. 76) “Matbûat(basın), kanûn dairesinde serbesttir ve neşredilmeden evvel teftiş, muayeneye tâbi değildir” (md. 77) “Hükûmetin nezaret ve murâkabesi altında ve kanûn dairesinde her türlü tedrisat serbesttir.” (md. 80)

Yine Federal Almanya Anayasasında; “Herkes yaşama ve beden bütünlüğünü koruma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar ancak bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilir.” (md. 2) Açık havada yapılan toplantılar için bu hak yasayla veya bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilir.” (md. 8) hükümleri yer almaktadır.¹³⁷

1982 Anayasasında ise basit yasa kayıtlarını; Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. Madde de, yerleşme hürriyetini düzenleyen 23. madde de, mülkiyet ve miras haklarını düzenleyen 35. Maddede, öğrenim hakkını düzenleyen 42. Maddelerinde değişik ifadelerle görmek mümkündür.¹³⁸

Anayasada bu şekilde kanun koyucuya verilen yetki sadece bir hak veya özgürlük için verilebildiği gibi tüm hak ve özgürlükleri kapsayacak şekilde de tanınabilmektedir. Örneğin 1982 Anayasasında olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali gibi olağanüstü yönetim usullerinin düzenlendiği, 121. ve 122. Maddelerinde tüm hak ve özgürlükleri kapsayacak şekilde yer verilmiştir¹³⁹

2.1.3.2.2. Nitelikli Yasa Kaydı

Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasanın sınırlamanın yasayla yapılabilceğini istemekle kalmadığı, bunun dışında sınırlama getiren yasanın ya da

¹³⁶ M.Sağlam, a.g.m.

¹³⁷ Gören, a.g.m., s. 46

¹³⁸ A.g.m., s. 47

¹³⁹ M.Sağlam, a.g.m.

sınırlamanın belli koşullara dayanmasını, belli amaçlara hizmet etmesini veya belli araçları kullanmasını istediği temel haklarda nitelikli yasa sınırlaması kaydı vardır.¹⁴⁰

Anayasada kanun koyucunun sınırlama yetkisi için, basit yasa kayıtlı sınırlamalarda, belli bir neden gösterilmediği halde nitelikli yasa kayıtlı sınırlamalarda kanun koyucunun sınırlama yaparken dayanabileceği nedenler tek tek gösterilmektedir. Bu nedenlere örnek; kamu yararı, genel sağlık, kamu düzeni, gibi geneli ilgilendiren kavramları sayabiliriz. Nitelikli yasa kayıtlı sınırlama nedenlerinin iki şekilde düzenlendiği görülür. Birinci durumda sınırlama nedenleri temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olacak şekilde genel bir maddede düzenlenirken, ikinci durumda bu nedenler sadece hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri ilgili maddelerde gösterilmektedir.¹⁴¹

Genel sınırlama nedenleri yukarıdaki ayırimda denildiği gibi hak ve özgürlüklerin tümü için kullanılabilecek nedenlerdir. 1982 Anayasasın 13'maddesinin 2001 değişikliğinden önceki hali bu duruma örnek gösterilebilir. Buna göre; "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması şeklinde genel sınırlama sebeplerine yer verilmiş ve maddede bu sınırlama nedenlerinin ilgili özel maddelerde belirtilen sınırlama nedenlerine ilave olarak, temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli oldukları belirtilmiştir.¹⁴²

Hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddelerde sınırlama sebeplerinin gösterilmesine özel sınırlama nedenleri denilmektedir. 1982 Anayasasının 23'üncü maddesinde, "yerleşme özgürlüğü, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak, seyahat özgürlüğü, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlandırılabilir"¹⁴³

¹⁴⁰ Gören, a.g.m. s. 47

¹⁴¹ M. Sağlam, a.g.m.

¹⁴² A.g.m.

¹⁴³ Gören, a.g.m. s. 47

Özel sınırlama nedenlerinin farklı tarafı madde de gösterilen sınırlama sebeplerinin yalnızca o maddede belirtilen hak veya özgürlük için kullanılabilmesidir. Bunun dışında genel sınırlama sebepleri ile arasında nitelik bakımından bir farklılık yoktur.¹⁴⁴

2.1.3.2.3. Herhangi Bir Sınırlama Nedeninin Öngörülmemesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda görülen bir diğer durumda kimi hak ve özgürlükler için genel ya da özel hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemesidir.¹⁴⁵ Buna örnek olarak 1982 Anayasasında 2001 yılında 4709 sayılı kanun ile genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ve bazı ilgili hak ve özgürlüklerde de özel sınırlama sebebi öngörülmemesiyle ortaya çıkan durumu gösterebiliriz. Bu ve bu gibi durumlarda sorun sınırlama nedenine yer verilmeyen hak ve özgürlüklerin mutlak olarak sınırsız kalıp kalmadığıdır. 1982 Anayasasında değişiklikle oluşan bu konudaki tartışmalara ileride değinilecektir.

Anayasalarda herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmeyen hak ve özgürlüklerin “sınırsız özgürlüğün olamayacağı “ görüşünü savunan yazarlar tarafından öngörülen; genel sınırlama nedenlerine yer vermeyerek kademeli sınırlama sistemi öngörmüş olan Federal Alman Bonn Anayasasının uygulanmasıyla ilgili Müller(alman öğretisi) tarafından geliştirilen nesnel sınırlılık(hakkın koruma alanı ölçütü) ile temel hakların anayasal normlarla çatışmasından kaynaklanan anayasal sınırlılık kavramlarıyla açıklanması mümkündür.¹⁴⁶

2.1.3.3. İçkin (Sübjektif¹⁴⁷) Sınırlar

İçkin(immanent) sınırlar öğretisi benzer anlamıyla hakkın kendisinde kendi mahiyetinde mündemiç olan sınırları ifade etmektedir. İçkin sınırlar benzer sonuçlar doğursa bile teknik anlamda “genel sınırlama” ya da “genel yasa kaydı”

¹⁴⁴ M.Sağlam, a.g.m.

¹⁴⁵ A.g.m.

¹⁴⁶ M.Sağlam, a.g.m.

¹⁴⁷ Sübjektif sınırlar ifadesini Fendoğlu kullanmıştır. Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması(AY. Md. 13)”, Anayasa Yargısı Dergisi, sayı:19,(2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/fendoglu.pdf> (e.t. 28.8.2008)

kavramlarından ayrılmaktadır. Muhtevası bakımından bu kavramlardan farklılıklar gösteren bu öğretinin ortak özelliği her bir temel hakkın kendi mahiyetinde, niteliğinde belli sınırların olmasıdır. Başka bir ifadeyle içkin sınırlar temel hakkın koruduğu alana dışarıdan getirilmiş yeni sınırlar değil¹⁴⁸, hakkın zaten kendi içinde mevcut olan sınırlardır.

Türk veya Alman Anayasalarında tek tek bakıldığında içkin sınır kavramına benzeyen düzenlemelerin pozitif hükümler olarak yer aldığı görülür. Örneğin “toplantı özgürlüğü” her iki anayasada da “silahsız ve saldırısız” toplantılar için mümkündür. Yani bu özgürlük silahlı bir toplantı yapmayı kapsamaz. Ancak bu şekilde pozitifleşmiş sınırlar ancak yer aldıkları maddedeki özgürlük için bir anlam taşırlar. Oysa içkin sınırlar belli bir temel hak veya özgürlük için değil hak ve hürriyetlerin tamamı için geçerli olan sınırlardır.¹⁴⁹

İçkin sınırlar öğretisi uygulamada farklı şekillerde yorumlanmış ve uygulanmıştır.

Federal İdare Mahkemesinin görüşü içkin sınırlar öğretisinin en aşırı biçimde benimsendiği görüştür. Mahkemenin kararlarında da sıkça tekrarlanan bir formüle göre; “belli bir temel hakka dayanmakla, toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşecekse, buna cevaz verilmemesi hak kavramında mündemiç bir esastır.”¹⁵⁰ Pozitif bir temelden yoksun ve soyut bir değeri olan “kamu yararı” niteliğindeki bu görüş eleştirilmiş ve bu görüşün temel haklar için öz güvencesini bile ortadan kaldıran bir anlam ifade ettiği belirtilmiş, kötüye kullanmalara açık belirsiz bir kriter olduğu ifade edilmiştir.¹⁵¹

Hukuki Değerler Tartısı görüşü Hamel, Von Hippel, Haeberle tarafından geliştirilmiştir. Buna göre eğer anayasayı koruduğu değerler veya çıkarlar arasında bir çatışma olursa, çatışan değerler arasında bir değerlemeye gidilecek ve tartıda üstün

¹⁴⁸ “**Jaekel, H.** “*Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*” Berlin 1967, s. 31.” Aktaran: **Fazıl Sağlam**, a.g.e. s. 33

¹⁴⁹ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 33-34, **Gözler**, a.g.e. s. 222

¹⁵⁰ A.g.e. s. 34

¹⁵¹ A.g.e. s. 35, **M. Sağlam**, a.g.m

gelen değerin korunup diğerinin sınırlandırılması yoluna gidilecektir. Bu şekilde yapılan sınırlama da sınırlanan özgürlüğün içkin sınırını oluşturacaktır. Bu görüşte çeşitli yönlerden eleştirilere tabi tutulmuştur. Buna göre anayasanın bütünlüğü ilkesine göre anayasal değerler arasında bir ast-üst ilişkisi kurmak doğru değildir. Bir hak konusunda anayasa farklı bir durum benimsemişse burada o hükmün uygulanması gerekeceğinden bu durumu hukuki tartı yapmaya gerek yoktur. Diğer bir sorun tartıda hangi hukuki değerlerin üstün tutulacağının belli olmamasıdır. Bu sorunun cevabı bulunmadığı sürece bu ölçütün genel sınırlama yetkisi veren yasa kayıtlarından farkı kalmayacak ve hukuk devletinin gerektirdiği açık ve belirli bir ölçü olmaktan uzak kalacaktır. Hukuki değerler tartısında anayasanın bütünlüğü ilkesinin korunması için Hesse “pratik uyuşum” ilkesini geliştirmiştir. Buna göre bir temel hak başka bir temel hakla veya anayasanın başka bir hükmü ile çatıştığında, gerek temel hakkın gerekse anayasanın koruduğu hukuki değerin varlık ve etkilerini en uygun düzeyde koruyacak bir çözüm (pratik uyuşum) yolu bulunmalıdır. Bu yola her anayasal değerin birbirini engellemeden her birinin oranlı bir şekilde etkilerini sürdürmeleri sağlanır.¹⁵²

İçkin sınırlar öğretisinin diğer bir görüşü de Kişiliği Geliştirme Özgürlüğünde Yer Alan Sınırlama Üçlüsünün Diğer Temel Haklara Teşmili görüşüdür. Bu görüş içkin sınırlar öğretisinin en yaygın biçimidir. Diğer görüşlerden farklı olarak içkin sınırlar öğretisine pozitif dayanak bulma çabası içerisindedir. Buna göre anayasanın kişiliği geliştirme hakkının düzenlendiği “Herkes, başkalarının haklarını zedelediği ve anayasal düzene ve ahlak yasasına aykırı düşmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.” 2/1. Maddesindeki, başkalarının hakları, anayasal düzen ve ahlak yasası şeklindeki üç sınırlama nedeni diğer tüm hak ve özgürlükler açısından da bir sınırlama nedeni olarak kabul edilip uygulanmalıdır. Bu görüşün temelinde kişiliği geliştirme hakkının Alman Hukukunda şamil (kapsayan) özgürlük olarak görülüp uygulanması yatmaktadır. Uygulamaya göre kişiliği geliştirme özgürlüğü, anayasanın diğer temel haklarından hiçbirisinin içine girmeyen, her türlü insan eylemini koruma altına alan bir haktır. Hatta bazı görüşlere göre bu hak, temel hakların anası olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak mahkeme ilk yıllarda bu hakkın sınırlarını oluşturan üçlü sınırlama nedenlerinin diğer tüm haklara teşmil

¹⁵² M. Sağlam, a.g.m. , F. Sağlam, a.g.e. s. 34-41

edilmesi (yaygınlaştırılması) gerektiğini ileri sürmüştür. Daha sonra mahkeme kararlarında bu hakkın diğer temel hakların anası olduğu görüşünü reddederek sınırlama üçlüsünün sadece kişiliği geliştirme hakkıyla sınırlı olduğunu kabul etmesiyle bu görüş etkisini kaybetmiştir.¹⁵³

İçkin sınırlar öğretisi ile ilgili hukuk literatüründe sürekli arayış içinde olan birbirinden farklı birçok görüş ve tartışma mevcuttur.¹⁵⁴ Bunun sebebi bazı hakların ve özgürlüklerin sınırsız kalmamaları için onları genel sınırlama nedenlerine bağlama çabasının ortaya çıkardığı geniş tartışma alanıdır. Genel olarak bu teorinin ortaya çıkarabileceği sakıncaları gidermek üzere buna karşılık olarak Müller'in başını çektiği nesnel sınırlar teorisi ortaya konmuştur.¹⁵⁵

2.1.3.4. Temel Hakların Norm Alanı ve Nesnel (Objektif) Sınırlar

Nesnel sınırlar öğretisi yukarıda da bahsedildiği gibi Alman anayasa anlayışında içkin sınırlar öğretisinin güvence sağlama yoksunluğu gibi sakıncalarının tartışılmasıyla bu öğretiye alternatif olarak ele alınmıştır. Bu anlayışın düşünürlerinin başını çeken Müller temel hakların sınırları açısından her türlü genel sınırlama formülünü reddetmektedir. Böylece sınırlama yerine temel hakların geçerlilik muhtevalarını hareket noktası yapmaktadır. İçkin sınırlar öğretisinde olduğu gibi Müller'e göre de hiçbir temel hak mutlak anlamda sınırsız değildir. Ancak bu sonuca ulaşmak için, temel hakların tümünü kapsayan doğruluğu kabul edilen ama kanıtlanamayan önermelere (aksiyom) gerek yoktur. Hakların sınırsız olamayacakları norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Buna göre her temel hak normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerlidir.¹⁵⁶

Nesnel sınır anlayışı (Müller in) yine Müller'in geliştirdiği norm anlayışı ile yakından ilgilidir. Müller norm ile gerçek arasındaki ilişkiyi incelemiş ve bu ilişkiyi gerçeğin belli bir bölümünü normun kurucu unsuru haline getirerek norm-gerçek

¹⁵³ M. Sağlam, a.g.m. , F. Sağlam, a.g.e. s. 41-43

¹⁵⁴ Bu görüşler ve eleştirileri için; F. Sağlam, a.g.e. s. 32-47, Gören, a.g.m. s. 47,48

¹⁵⁵ F. Sağlam, a.g.e. s. 47

¹⁵⁶ F. Sağlam, a.g.e. s. 47

bütünlüğü altında çözmüştür.¹⁵⁷ Norm alanı kavramı, bir temel hakkın ilgili olduğu yaşam kesiti içinde güvence altına aldığı insan tutum ve davranışları, onun norm alanını(koruma alanı veya güvence alanı) oluşturur.¹⁵⁸ Müller’e göre “norm, içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modelidir.”¹⁵⁹ Norm alanı, her normun nesnel alan içinden seçtiği, ayırdığı, vurguladığı, yeni bir biçim verdiği nesnel verilerdir. İşte yalnız bu nesnel veriler, norm uygulanırken, daha doğrusu belli bir olay üzerinde somutlaşırken, normun kurucu unsuru haline dönüşür ve somut olayın karara bağlanmasında belirleyici rol oynar.¹⁶⁰

Her norm kendi metninde belli bir program içerir. Hukuki buyruk olarak nitelenen norm programı, normun metni ve sözü ile ilgili verilerden oluşur. Normun nesnel alanını ise norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü nesnel veri oluşturur. Buna göre, sınırlama açısından öncelikle araştırılması gereken sorun, temel hakların nasıl sınırlandıracağı değil, norm programı ve norm alanı analiziyle araştırılacak olan normun “geçerlik muhtevasının” nerelere kadar uzandığı konusudur. Bunu tespit için göz önünde tutulması gereken nokta, temel hakkın kullanımı olarak görünen eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanındadır. Burada normun koruduğu temel hak kullanımı yalnızca norm alanının sağladığı spesifik eylem olanaklarıdır. Buna karşılık bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir bağlantı içinde gözüken eylem biçimleri, o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar.¹⁶¹

Yukarıdaki duruma örnek olarak, Federal Mahkemenin (Alman Federal Anayasa Mahkemesi) bir kararında; dilekçe hakkı hakaret ya da tehdit taşıyan dilekçelere cevaz vermez. Başka bir örnek, düşünce özgürlüğü açısından “aktif savaşa yönelik, kuramsal spekülasyonun ötesinde doğrudan doğruya ve fiilen saldırgan “ nitelikte kullanım biçimlerinin norma alanı dışında kalmasıdır. Yine bunun gibi bir ressamın işlek bir cadde ortasında sehpasını kurup resim yapmaya kalkması, bir

¹⁵⁷ A.g.e. s. 47

¹⁵⁸ **Yavuz Sabuncu**, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt7-8, s. 16

¹⁵⁹ **Müller**, “*Normskultur*”, s. 168.” Aktaran; **F. Sağlam**, a.g.e. s. 48

¹⁶⁰ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 48

¹⁶¹ **M. Sağlam**, a.g.m, **F. Sağlam**, a.g.e. s. 49,50

heykeltıraşın yontacağı eser için malzeme çalması gibi yasal sınırlama tanımayan sanat özgürlüğünün spesifik olmayan, dolayısıyla norm alanı dışında kalan kullanım biçimlerini örnek verebiliriz.¹⁶²

2.2. 1982 ANAYASASI ÖNCESİNDEKİ ANAYASALARDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

2.2.1. 1924 Anayasası

1924 Anayasasının hazırlanışında 18' inci yüzyıl felsefesinin ve Fransız ihtilali prensiplerinin etkileri oldukça yoğun biçimde görülür. Bu felsefenin etkisi özellikle “Türklerin Hukuku Ammesi” başlığını taşıyan haklar ve hürriyetler bölümünde (md. 68-88) özellikle kendini belli eder. Tabii haklar doktrini, havası, ruhu hatta dili ile bu bölümde canlı olarak sezilir.¹⁶³

Klasik özgürlük anlayışı özgürlüğü ilke olarak hep sınırsız bir kavrammış gibi düşünmüştür. İlke olarak sınırsız olan özgürlüğün içeriği de kullanan kişinin keyfine dileğine göre belirlenir. Bu anlamda özgürlük, olumsuz bir kavramdır. Bu anlayışın temelindeki tabii hukuk düşüncesine göre, özgürlük yasanın dışında sınırsızdır ve toplum içinde ancak yasa ile belli bir disiplin altına alınır. Bu şekilde anlaşılan özgürlüğün yaşam içindeki karşılığı yasalarca getirilen sınırlamalardır. Bu ikiliği birleştiren formül “yasalar çerçevesinde özgürlük” düşüncesidir.¹⁶⁴ Anayasalarda görülen bu anlayışın uygulaması bir hak veya özgürlüğün ilkesini ilan etmek ve arkasından da, bunun” kanun çerçevesinde kullanılacağını” ya da “sınırların kanun la belirtileceğini söylemek” şeklinde görülüyordu.¹⁶⁵ 1924 Anayasasının 68. Maddesi de

¹⁶² A.g.e. s. 50,51

¹⁶³ **Kapani**, a.g.e. s. 109

¹⁶⁴ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 129

¹⁶⁵ **Tanilli**, a.ge. s. 191

yukarıda özetlenen düşüncenin pozitif hukuka yansımış bir örneğidir.¹⁶⁶ Gerçekten 1924 Anayasası, özgürlüklerin hangi amaçlarla ve hangi esaslara göre sınırlanabileceği konusunda hiçbir şey söylemiyor, bunu olduğu gibi kanuna bırakıyordu.¹⁶⁷

68. maddeye göre; “Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer.” Maddeye bakıldığında burada ki hürriyetin tanımının doğrudan doğruya 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nden alıntı olduğu görülür.¹⁶⁸

Bu maddede belirtilen ancak kanunun tayin ve tespit ettiği özgürlük, 1924 Anayasasının temel hakları düzenleyen diğer maddelerinde sıkça tekrar edilmiş ve öngörülen kimi güvencelerin dışında ilgili hak ve özgürlüklerin sınırının kanun tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Örneğin 79. Maddedeki hükme göre; “Sözleşmelerin, çalışmaların, mülk edinme ve hak ve mal kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunlarla çizilir.” Görüldüğü gibi, sözleşme özgürlüğünden mülkiyet hakkına toplanma özgürlüğünden dernek kurma hakkına kadar çok önemli özgürlükleri düzenleyen bu madde, söz konusu özgürlüklerin sınırını belirleme yetkisini her hangi bir anayasal güvence öngörmeden kanun koyucunun insaf ve takdirine bırakmış durumdadır.¹⁶⁹ Böylece meclis, hürriyetleri dilediği gibi sınırlandıracak kanunlar çıkarabilmekteydi, üstelik kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemi de yerleşmiş olmadığından, Meclis çoğunluğunun oyuyla, azınlığın haklarının ölçsüz şekilde sınırlanması mümkündü.¹⁷⁰

2.2.2. 1961 Anayasası

İkinci dünya savaşından sonra yapılan yeni anayasaların bazılarında, özgürlüklerin düzenlenmesi konusunda kanun koyucunun yetkilerini kayıtlamak bakımından özel bir titizlik göze çarpar. 1949 tarihli Federal Alman Anayasası ile

¹⁶⁶ F.Sağlam, a.g.e. s. 129

¹⁶⁷ Tanilli, a.g.e. s. 191

¹⁶⁸ Kapani, a.ge. s. 110

¹⁶⁹ M. Sağlam, a.g.m.

¹⁷⁰ Özbudun, a.g.e. s. 11

1848 tarihli İtalyan Anayasası bu konuda ilk akla gelenlerden örneklerdir. Bizim 1961 Anayasamız ise bu bakımdan bekli de en titiz davranandır.¹⁷¹

1924 Anayasasının temel hak ve özgürlükler açısından dayandığı “sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışı 1961 Anayasasıyla terk edilmiş, hak ve özgürlükler toplumsal ilişkiler içinde belli yaşam kesitlerine güvenceler getiren pozitif alanlar olarak koruma altına alınmıştır. 1961 Anayasasının 10’uncu maddesine göre; “Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru sosyal adalet ve hukuk devletinin ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, sosyal ve iktisadi bütün engelleri ortadan kaldırır, insanın maddi ve manevi açıdan gelişmesi için bütün şartları hazırlar.” Yine 1961 Anayasasında sınırsız özgürlük anlayışının terk edildiğine kanıt olarak, Anayasanın genel gerekçesinde kişi haklarının anayasa tarihinde uzun bir gelişmenin ulaştığı bir merhalenin ifadesi olduğu, bu tasarıda, genel mahiyetiyle kişi haklarının iktidarı sınırlayıcı bir demokratik prensip olarak yer aldığı, siyasi iktidar karşısında ferdin serbest kalacağı ve siyasi iktidarın müdahale edemeyeceği maddi ve manevi alanların bugün artık tartışılması bile mümkün olmayan bir gerçek olduğu ifade edilmiştir.¹⁷²

Temel hak ve özgürlüklere pozitif bir anlam yükleyen bu anlayış, özgürlüklerin sınırlandırılması yönünden de önemli bir değişikliği de beraberinde getirmiştir. Hak ve özgürlüklerin kişiye bağlı nitelikleri ve devletin bu özgürlükler karşısındaki konumu, 1924 Anayasasının “kanunlarla sınırlı özgürlük anlayışından”, “kanunları sınırlayan temel hak normları” anlayışına geçişi sağlamıştır.¹⁷³

1961 Anayasası, 1971 yılında köklü değişiklikler geçirmiştir. 1971 yılında yapılan bu değişiklikler ile temel hakların sınırlamanın düzenlendiği 11’inci madde de yeni görünüm kazanmıştır. Temel hakların sınırlanması konusunda yapılan tartışmaları ve yorumları daha iyi değerlendirmek için bu anayasa dönemini 1971 değişikliklerinden önce ve sonra diye iki bölüme ayırmamız gerekir.

¹⁷¹ Tanilli, a.g.e. s. 192

¹⁷² M.Sağlam, a.g.m.

¹⁷³ F. Sağlam, a.g.e. s. 129

2.2.2.1. 1971 değişiklerinden önceki durum

Buna göre 1961 Anayasasının özgün halinde temel hakların sınırlandırılmasını düzenleyen 11'inci Maddesi şu şekildedir; “ Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.”

Temel hakları sınırlandıran bu madde üzerindeki tartışmalar birbirine zıt iki görüşte toplanmıştır. Bir görüşe göre 11'inci madde, anayasadaki tüm hak ve özgürlükler için bir “genel sınırlama” maddesidir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan kavramlar, herhangi bir özgürlüğün, sınırlandırılmasında geçerli olan genel nedenlerdir. İkinci bir görüşe göre de; 11'inci maddenin amacı, kanun koyucunun, özgürlükleri belli nedenlerle sınırlaması söz konusu olduğunda, bu sınırlamaların da bir sınırı olduğunu göstermektir. Yoksa sözü geçen maddedeki düzenleme ile, özgürlüklerin genel yada özel olarak hangi hallerde sınırlandırılabileceğine ilişkin bir hüküm oluşturma amacı güdülmemiştir. Bir hakkın veya özgürlüğün sınırlandırılması için, o hak ve özgürlükle ilgili madde de sınırlamadan söz edilmiş olması gerekir. Kısaca 11'inci madde, genel bir sınırlama hükmü olmayıp, her özgürlük için konulan özel sınırlar hakkında genel hükümdür.¹⁷⁴ Sınırlama ve öze dokunmama arasındaki ilişkiyi ilerde açıklayacağımız için burada 11. Maddedeki sınırlamayla ilgili tartışmaları inceliyeceğiz.

2.2.2.1.1. 11'inci Maddenin Genel Sınırlama Getirdiğini Savunan Görüşler

11'inci maddede sayılan sebeplerin diğer maddeler için bir genel sınırlama sebebi teşkil ettiğini savunan yazarların başında Dönmezer, gelmektedir. Savunduğu görüşün gerekçesine göre; Madem ki anayasa, düşünce özgürlüğünün başlıca kullanım biçimleri olan basın, vicdan ve din, eğitim ve öğretim gibi özgürlükler için belli sınırlama olanakları getirmiştir., bunların dışında kalan alanda yani sözlü ve ferdi vasıtalarla kanaat ve düşüncelerin yayınlanması, bu özgürlüğü sınırsız bırakmış olabileceği düşünülemez. Aksini ileri sürmek Anayasasının bir çelişki içine düştüğünü

¹⁷⁴ Tanilli, a.ge. s. 193,194

ifade etmek olur. Bu nedenle düşünce özgürlüğü 11'inci maddedeki sebeplerle sınırlanabilir.¹⁷⁵

Genel sınırlamayı savunan diğer bir görüş de Akın'ın görüşüdür. Akın, 11'inci maddenin genel sınırlama getirmediği tezini savunanların bir konuyu açık bıraktıklarını belirtiyor. Mademki her özgürlükle ilgili maddede sınırlamanın yasa ile yapılacağını belirtilmiş ve sınırlama sebepleri gösterilmiştir, o halde 11. Maddenin Anayasa da açıkça yer almasının ifade ettiği anlam nedir?¹⁷⁶ Sağlam'a göre de bu soru yerinde ve cevaplanması gereken bir sorudur. Buna inandırıcı bir cevap bulunmadığı takdirde 11. Maddenin yasa koyucuya genel sınırlama yetkisi vermediğini savunmak güçtür.¹⁷⁷

2.2.2.1.2. Genel Sınırlamayı Reddeden Görüşler

11. maddenin bütün maddeler için genel sınırlama sebepleri getirmediğini savunanlar, genetik(tarihi, tarihçi)¹⁷⁸ yorum yerine Anayasanın sistematik yorumuna ağırlık vererek bu sonuca ulaşmışlardır.¹⁷⁹

Genel sınırlamayı reddeden yazarlardan birisi Soysal'dır. Soysal bunu iki değişik yorumla gerekçelendirmiştir. Birincisi 11. Maddenin lâfzî (gramatik) yorumudur. Buna göre; 11. Madde sadece sınırlamanın mümkün olduğunu belirtiyor. Fakat çoğunlukla yapıldığı gibi, bunu bütün hakların ve özgürlüklerin sınırlanabileceği anlamında anlamak doğru olmaz. Eğer madde, "Temel hak ve hürriyetler, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" şeklinde olmuş olsaydı, madde den bu anlamın çıkarılması mümkün olurdu.¹⁸⁰ Burada Sağlam'ın

¹⁷⁵ **Sulhi Dönmezer**, *Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı*, İÜHFM. 29/3, s. 776-778

¹⁷⁶ **Akın**, a.g.e. s. 152

¹⁷⁷ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 74

¹⁷⁸ Genetik yorum ile kastedilen, belli bir hukuk kuralının oluşumu sırasında geçirdiği safhalarla yasa koyucunun subjektif iradesini araştıran yorum yöntemidir. Bu yorum yöntemine, hukukumuzda "tarihi, tarihçi" yorum denmektedir. Oysa Sağlam'a göre, "tarihi yorum kavramı, farklı zamanlarda yürürlükte olan iki ayrı normun karşılaştırılmasıyla bir sonuca ulaşmayı amaçlayan yöntem içinde kullanılmaktadır. Bu iki yöntem arasında nitelik farkı vardır. Birincisi norm dışı belge ve olguları incelerken, ikinci yöntem sistematik yoruma benzer şekilde, ama farklı zaman dilimleri içindeki iki ayrı normu konu almaktadır. (örneğin 1961 Anayasasının 11. Maddesinin değişiklikten önceki ve sonraki biçimlerini karşılaştırmak gibi)"Sağlam, a.g.e. s. 63

¹⁷⁹ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 74

¹⁸⁰ **Mümtaz Soysal**, *Anayasaya Giriş*, Ankara: 2. Bası, 1969, s. 243, **F. Sağlam**, a.g.e. s. 74

eleştirisi, sadece maddeye eklenen bir “ve” sözcüğü ile fıkranın anlamını genel sınırlama yetkisine çevireceğinin mümkün olmadığı yönündedir.¹⁸¹ Soysal’ın diğer gerekçesi, maddenin sistematik yorumuyla ortaya çıkan görüştür. Buna göre de, hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde, sınırlamanın mümkün olduğu, gerektiğinde ayrı olarak belirtilmektedir. Şayet 11. Madde bütün hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılmasına cevaz vermiş olsaydı, ilgili maddelerin büyük bir çoğunluğunda, “kanunla sınırlanabilir” ibaresini ayrıca ve teker teker tekrarlamaya gerek kalmazdı. Şu halde bir hakkın ve özgürlüğün sınırlanabilmesi için, o hakla ilgili anayasa maddesinde sınırlamadan söz edilmiş olması ve eğer o madde bu sınırlayışın amaçlarında belirtilmişse, kanunla yapılacak sınırlamanın, bu amaçlardan başka amaçlara dayanmaması gerekir.¹⁸²

Aynı doğrultuda diğer bir görüş Tanör’ün görüşüdür. Tanör’de Soysal’ın görüşüne aynen katılmaktadır. Gerekçe olarak “özgürlük kaide sınırlama istisna” anlayışına¹⁸³ dayanmaktadır. Buna göre, istisnai sınırlamalar sadece bulundukları yerlerde geçerlidirler. Yalnızca sınırlanma sebebi özel ve açık bir şekilde gösterilen hürriyet sınırlanabilir. Eğer sınırlanma sebebi gösterilmemişse sınırlanmasına cevaz verilmeyen hürriyetlerdir. Nitekim anayasada bu durumdaki hürriyetleri, “ tabiat ve mahiyetleri gereği sınırlanmalarına imkân olmayan hak ve hürriyetlerden seçmiş olması” bu yorumu doğrulamaktadır.¹⁸⁴

2.2.2.1.3. Anayasa Mahkemesinin Görüşü

Anayasa mahkemesi kararların çoğunda, birinci görüşe uygun yani; 11. Maddede geçen sınırlama nedenlerinin bütün maddelere uygulanabileceğine ilişkin yorum bildirmiştir. Anayasa mahkemesi bu konuda, 27 Mayıs rejimini ve Anayasayı korumak amaçlı çıkarılan, 38 sayılı “Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun” hakkında verdiği ilk kararında¹⁸⁵ 11. Maddenin

¹⁸¹ F. Sağlam, a.g.e. s. 75

¹⁸² Soysal, “Açıklık ve Kapalılık”, *SBFD*, 23/1, s. 268, F.Sağlam, a.g.e., s. 75

¹⁸³ Bu anlayış hakkında bilgi için: Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 83, Kapani, a.g.e. s. 229

¹⁸⁴ Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969, s. 128,129, F. Sağlam, a.g.e. s. 76

¹⁸⁵ AYMK, 8.4.1963, E.1963/16

2. Fıkrasındaki sebeplerin genel sınırlamaya yetki veren düzenleme olduğu konusunda kesin bir tavır almamış ve çekingen yaklaşmıştır. Mahkeme bu kararında;

“Sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı göz önüne alınınca 20’nci maddeye, düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kısıtı konulmamış olmasını, bu hürriyeti, Anayasa’nın dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve Anayasa’nın 11 inci maddesinde gösterilen esaslar dâhilinde kalmak şartıyla; her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vaz’ının kanun koyucuya takdir hakkı tanınmış olduğu şekilde yorumlamak tabii bulunmaktadır.”¹⁸⁶

¹⁸⁶ AYMK, 8.4.1963, E.1963/16, ayrıca kararın gerekçesinde belirttiği anlayış, Anayasanın bütününden çıkardığı realist, sınırlı hürriyet anlayışıdır. Buna göre;”Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç aleminde kaldığı surece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir, insanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile yani düzenlenmesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (Devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve Devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşayışın ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaştırmak ve toplumsal yaşayışa düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.

Bu itibarla Anayasamızın, metni aynen yukarıya çıkarılan, 20 nci madde hükmünü düşünce ve kanaatlerin mutlak ve sınırsız bir şekilde ve hiçbir sorumluluk duygusuyla bağlı olmaksızın her düşünceyi açıklamaya cevaz veren bir hak gibi telâkki etmemek icap eder. Aksine olarak onu Anayasada yer almış diğer hükümler ve ilkeler ile birlikte ve Anayasa’nın bütünü içinde bir parça olarak ele almak ve değerlendirmek gerekir. Nitekim maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında bu maddenin düşünce ve kanaat hürriyetine bir sınır çizmediği, bu şekli ile fertleri meselâ komünizmi, nasyonal sosyalizme veya irticaa kayan düşünceleri veyahut ahlâksızlığı teşvik eden fikirleri de açıklamak ve yaymak hususunda serbest bırakmış gibi bir intiba yarattığı ileri sürülerek bu bakımdan kayıtlanması istenilmesine karşı, Anayasa Komisyonu sözcüsünün yaptığı açıklamada "Maddeyi yalnız başına ele alarak yani diğer hükümlerden tecrit ederek manalandırmanın caiz bulunmadığını, hukukta doğru olan tefsirin gai tefsir yani hükümlerin gayeye göre tefsir edilmesi olduğunu, tefsir konusu olan hüküm hangi kanunda ve Anayasa’da ise o kanun veya Anayasa’nın tümü ve ruhu göz önünde tutularak yorumlama yapılacağını, Anayasamızın esas itibarıyla hürriyetleri imha edici faaliyetleri yasak eden ve realist bir hürriyet anlayışını kendisine temel olarak almış olan bir Anayasa olduğunu, bu bakımdan herkese tanınan düşünce hürriyetinin Anayasa ile tespit olunan Devlet nizamına ve demokratik nizamı uygun kanaatleri belirtmek için sağlandığını ve bu sebeple lâik ve demokratik nizamı yıkmak, Devletin ve Millet bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanmasının düşünce hürriyetine dahil sayılamayacağını ve bilâkis suç teşkil edeceğini" bildirmiş olması düşünce ve kanaat hürriyetinin de Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin niteliklerini açıklayan ikinci kısmının (Genel hükümleri) unvanlı

Burada görüldüğü gibi, 11. Maddenin 2. Fıkrasında sebepler henüz genel sınırlama sebebi olarak gösterilmemiştir. Kararın yalnızca bir yerinde “düşünce özgürlüğünün” bu istikamette sınırlandırılmasında “kamu yararı” bulunduğu yolunda bir ifade kullanılmıştır.¹⁸⁷

Anayasa mahkemesi ilerleyen kararlarında tutumunu netleştirmiştir. Örneğin diğer bir kararında¹⁸⁸ şu hüküm geçmektedir;

“Anayasa'nın 11. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilmesine cevaz vermiş ve sınırlamada kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik ilkelerinin dikkat nazarına alınacağını açıklamıştır.”¹⁸⁹

Anayasa Mahkemesinin 11. Maddedeki hükümlerin diğer maddeler için yasa koyucuya genel bir sınırlama yetkisi verdiğini söyleyen kararları çoğunluktadır ve mahkeme bu çizgisini genel bakıldığında korumuştur. Fakat Anayasa mahkemesi, bazı kararlarında aksi yönde olarak nitelenebilecek hükümlerde vermiştir. Bunlar daha çok bilim ve sanat özgürlüğü ile savunma hakkına ilişkin kararlarda dile getirilmiştir.¹⁹⁰

Örneğin Anayasa mahkemesi bilim özgürlüğünü ele alan bir kararında,¹⁹¹

"Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." demek suretiyle kişilerin temel hak ve hürriyetlerini teminat altına alan Anayasanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının gerekçesinde de, özet olarak "Genel haklar bölümünde yer alan bu ilk maddenin birinci fıkrasında bu hakların müşterek vasıflarının belirtildiğine, doktrin münakaşalarına yer bırakmamak için eski Anayasamızda olduğu gibi bu hakların tabii hukuka dayandığının ifade

birinci bölümde yer almış olan 11 inci maddesi uyarınca "Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini" kolayca anlatmaya kâfidir."

¹⁸⁷ F. Sağlam, a.g.e. s. 64

¹⁸⁸ AYMK, 8.7.1963, E.1963/204, K.1963/179

¹⁸⁹ A.g.k.

¹⁹⁰ F. Sağlam, a.g.e. s. 67

¹⁹¹ AYMK, 3.11.1964, E. 1963/152, K. 1964/66

edilmediğine, fakat onların siyasi iktidarın arzu ve takdirine göre yok edilmeyecek haklardan olduğunun kesin surette belirtildiğine." değinilmektedir.

Şu hale göre Anayasa, kişinin temel hak ve hürriyetlerini ana kurallarla kesin surette düzenledikten sonra, kanun koyucunun bunları hangi ahvalde ve hangi düşüncelerle ve ne ölçüde sınırlayabileceğini ayrık bir şekilde yine kendisi belli etmiş ve ancak bu sınırlamanın bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamayacağını da kesinlikle açıklamıştır.

Bu hak ve hürriyetlerin kanun koyucu tarafından sınırlanmasında göz önünde tutulacak gaye olarak kaydedilen hususlar yerine göre yine Anayasada belirtildiği ve ayrık bir nitelik arz edecek olan bu kayıtların ancak mevridine münhasır olması gerekeceği cihetle kanun koyucunun herhangi bir konuyu düzenlerken bu esaslara bağlı kalması gerekeceği tabiidir¹⁹², demiştir.

Anayasa mahkemesi bu kararda açıkça, 1961 Anayasasının sınırlama anlayışı bakımından en önemli özelliği olan “farklılaştırılmış- kademeli”¹⁹³ sınırlama sistemine işaret edilmekte ve yasa koyucunun bu sistemi göz önünde tutması gerektiği belirtilmektedir.¹⁹⁴

¹⁹² A.g.k.

¹⁹³ Kademeli Sınırlama anlayışı sağlam tarafından öne sürülmüş bir kavramdır. Bu kavram hakkında geniş bilgi için, bakınız; **F. Sağlam**, a.g.e. s. 91-136, 185,186

¹⁹⁴ İlgili kararında, “kademeli sınırlama anlayışının” sonucu olarak, Anayasa Mahkemesi;

“Anayasa, teminatı altında aldığı, kişi hak ve hürriyeti ilkelerini genel hükümler bölümünde ana kural ve ayrıntılarla birlikte böylece belirtmekle yetinmeyerek eğitim ve öğretim konusunu ayrıca ele almış ve 21 inci maddesi ile açık ve kesin esaslar koymak suretiyle düzenlemiştir.

Anayasanın (Bilim ve sanat hürriyeti) kenar başlığı altındaki söz konusu 21 inci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında, Eğitim ve öğretim, Devletin gözetim ve denetimi altında serbesttir." denilmektedir. Görülüyor ki bu maddede eğitim ve öğretim hürriyetinin herhangi bir düşünce ve nedenle sınırlanabileceğine dair diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi kanun koyucuya yetki veren bir hüküm yer almamıştır. Eğitim ve öğretim Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması ise bir sınırlama değildir. Herkes eğitim ve öğretim yapıp yapmamakta serbest olacak, ancak bu eğitim öğretim alanı kanunla düzenlenecektir. Kanun koyucunun, bu gözetim ve denetim esaslarını düzenlerken, Anayasa ilkelerine bağlı kalarak eğitim ve öğretim serbestliğini bozacak herhangi bir hüküm getirmekten kaçınacağı doğaldır.

Şu halde kişilerin, bir eğitim ve öğrenim konusu niteliğinde olan beden terbiyesi ve spor yapmalarını yüküm ve zorunluluk esasına bağlı tutmamak, bunu kendi isteklerine bırakmak gerekir. Nitekim Anayasanın 50’nci maddesinde; ilk öğrenimin, kız ve erkek bütün vatandaşlar için mecburi olduğunun ve Devletin okullarında parasız olarak yapılacağının açıklanması, 21 inci maddedeki eğitim ve öğretiminin genel olarak serbest olduğu yolundaki ana kuralın bir ayrıntısını teşkil etmektedir.

2.2.2.2. 1971 Değişikliklerinden Sonraki Durum

1961 Anayasasının 11. Maddesi 1971 yılında maddenin özgün halinden doğan tartışmalara son vermek, bu maddeyi tüm maddeler için genel sınırlama hükmü haline getirmek için değiştirilmiştir. 11. Maddenin yapılan değişiklikten sonraki hali şöyledir;

“Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanunun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

Bu anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri anayasada belirtilen cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.”

Buna göre 11. Madde de yapılan değişiklikler, 1. Fıkraya, maddenin eski halinde, “sosyal adalet” hariç 2. Fıkroda yer alan sebepler eklenmiştir. Buna ilaveten ilk fıkraya yeni sınırlama sebepleri olan; “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, cumhuriyetin ve genel sağlığın korunması” eklenmiştir. Sayılan bu sebeplerin ardından “veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebepler..” denilmek suretiyle bunlarda 11. Maddenin yapısı içine alınmıştır.¹⁹⁵

2. fıkranın eski halinde,” öz güvencesini vurgulamak amacıyla” konulmuş olan formül kaldırılmış, bu formülde sayılan sebepler, sosyal adalet dışında 1. Fıkraya

Eğitim ve öğrenim zorunluluğu, ancak ilk öğrenim için söz konusu olduğuna göre, bunun dışındaki eğitim ve öğrenimi kişilerin yapıp yapmamakta serbest oldukları esasını bozan sınırlayıcı bir hükmün kanunlarda yer alması Anayasaya aykırı düşer.” Demıştır.

¹⁹⁵ F. Sağlam, a.g.e. s. 84,85

aktarılmıştır. Ayrıca temel hakların kötüye kullanılmasına ilişkin 3. Ve 4. Fıkralar maddeye eklenmiştir.¹⁹⁶

1971 değişikliği sonrasında değişikliği yapanların amacı tartışmalara son vermektir. Fakat bu beklentiye yönelik bir değişiklik ortaya konulamamıştır. Böylece tartışmalar beklenilenin aksine devam etmiştir.¹⁹⁷ Hatta bazı yazarlara göre, değişiklik öyle bir yapılmıştır ki sonuç bu değişikliği yapanların istediği gibi olmamıştır. Tersine yapılan değişikliklerle Anayasanın bütünlüğü iyice bozulduğu için sorun daha da içinden çıkılmaz bir hal almıştır.¹⁹⁸

Değişiklik sonrası literatürde üç değişik tavır görünmektedir. Birinci gruba göre, 11. Maddeyi daha evvelden de genel bir sınırlama maddesi olarak görenlerdir ki bunlara göre zaten bir sorun yoktur. İkinci gruptakiler, daha önce genel sınırlama tezine karşı çıkanlardan bazıları ile daha önce bu konuda görüş açıklamamış olanlara göre, 11. Madde artık yapılan değişiklikten sonra, genel sınırlama yetkisi veren bir nitelik kazanmıştır. Son gruba göre ise yapılan değişikliğe rağmen, 11. Maddenin genel sınırlama yetkisi veren bir anlam kazamadığını Anayasa koyucu bu görünüşte olsa bile, bunun maddenin anayasanın sistematigi içindeki objektif anlamına yansımadağını savunmaktadır.¹⁹⁹

2.3. 1982 ANAYASASINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

2.3.1. Özgün Hali (4709 Sayılı Yasa Öncesi)

¹⁹⁶ A.g.e. s. 85

¹⁹⁷ Gös. Yer.

¹⁹⁸ Tanilli, a.g.e. s. 194

¹⁹⁹ Bu görüşler ve tartışmalar için: F. Sağlam, a.g.e. s. 85-91, Tanör, “Anayasamızın Yeni 11. Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmişmidir” Onar Armağanı, İstanbul:1977, s. 873, Soysal, Anayasanın Anlamı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 3. Baskı, 1976, s. 140, Tanilli, a.g.e. s. 194,195, Tunaya, Anayasa Hukuku, s. 344, Akın, a.g.e. s. 397, Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul: 1993, s. 210

1982 Anayasasının 12. Maddesinde temel hak ve hürriyetlerin niteliği belirtilmiştir. Buna göre 12. madde;

“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

Şeklinde dir. Maddenin ilk fıkrasında hak ve özgürlüklerin “ dokunulmaz” olduğu vurgulanmıştır. Ancak 2. Fıkrasında kişilerin topluma, ailesine, diğer kişilere karşı “ödev ve sorumlulukları” olduğunun altı çizilerek, hak ve özgürlüklerin “dokunulmaz” niteliği gevşetilmiştir. Bunların kullanıcılarının” ödev ve sorumluluk” içinde hareket etmelerini öngörerek bir denge kurulması istendiği gözlenir. Başka bir deyişle hak-özgürlük kullanımında mutlak dokunulmazlık anlayışını, ödev ve sorumluluk kavramıyla sınırlamıştır.²⁰⁰

1982 Anayasası 12. Maddede niteliği açıklanan temel hak ve özgürlükler karşısında devletin konumunu “Devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5. Maddesinde açıklamıştır.

“Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

Anayasa koyucu, maddeyi bitirirken “...gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” saptamasıyla, “engelleri kaldırır”, “gerekli şartları hazırlar” direktiflerini , “engelleri kaldırmaya”, “gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” biçimleri ile gevşetir.

²⁰⁰ Memiş, a.g.e. s. 221

“Sosyal adalet” deyiminden kaçınılmış, yanlış kullanıldığı söylenebilen “sosyal hukuk devleti ve adalet” yeğlenmiştir.²⁰¹

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu 13. Maddede düzenlenmiştir. Maddenin 2001 yılında değiştirilmeden önceki hali şu şekildedir;

“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.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

Bu düzenleme, 1961 Anayasasının 11. Maddesi üzerinde 1971 değişiklikleri ile de son verilmek istenen tartışmalara son vermek için kesin ifadeler taşımaktadır. Bu düzenlemede görülüyor ki, maddenin son fıkrası genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğunu ifade ettiği gibi, bu nokta gerek Danışma Meclisi gerek Milli Güvenlik Konseyinin gerekçelerinde açıkça belirtilmiştir.²⁰² Danışma meclisinin anayasanın 13. Maddesi hakkındaki gerekçesine göre; “Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını hüküm altına alan bu genel maddenin birinci fıkrasında önce, bütün hak ve hürriyetler için geçerli yani genel nitelikte olan sınırlama nedenleri gösterilmiştir. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada, belli bir hak ve hürriyetin sınırlandırılmasına meşru gerekçe teşkil eder. Daha öncede belirtildiği gibi genel nitelikteki bu sınırlama nedenlerinin belli bir hak ve hürriyetler için uygulanabilmesi için, o hak ve hürriyete ait özel maddede ayrıca öngörülmüş olması yani açıkça kendisinden söz edilmiş bulunması gerekmez. Temel hak ve hürriyetler, genel sınırlama nedenleri yanında ve bunlara ilaveten her bir hak ve

²⁰¹ A.g.e. s. 222

²⁰² Özbudun, a.g.e. s. 77

hürriyete mahsus özel maddede açıkça öngörülen özel sebeplerle de sınırlanabilecektir.” Yine Milli Güvenlik Konseyinin aynı maddeye ilişkin gerekçesine göre;”Kuşkusuz genel sınırlama sebepleri, temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olacaktır. Madde metninde bu konuda açıklıkta bulunmaktadır. Ancak bu genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin hangi temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebebi olarak uygulanacağı kanunla belli edilecektir. Kanun koyucu bir kısım temel hak ve hürriyetler için gerektiğinde genel sınırlama sebeplerinin tümünü dikkate alarak düzenleme yapabileceği gibi, diğer bir kısım temel hak ve hürriyetler için de genel sınırlama sebeplerinden gerekli olanları belirtmek suretiyle sınırlama yapabilecektir.”

203

Anayasa mahkemesi de birçok kararlarında olduğu gibi bir kararında;

“Bütün hak ve özgürlükler için geçerli, “genel nitelikte” olan sınırlama nedenleri Anayasanın 13. maddesinde yer almaktadır. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada belli bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına haklı gerekçe teşkil eder.”²⁰⁴ Demekle 13. Maddenin genel sınırlama hükmü olduğunu kesin bir dille vurgulamıştır.

Anayasa mahkemesinin kararlarında, danışma meclisinin ve milli güvenlik konseyinin madde gerekçelerinde açıkça belirtilen bu durum karşısında maddenin bir genel sınırlama hükmü olmadığını ve bu maddedeki genel sınırlama sebepleri ile ilgili maddelerdeki özel sınırlama sebeplerinin birlikte (kümülatif olarak) uygulanamayacağını iddiaya imkan kalmamıştır. Yine, temel hak ve hürriyetlerle ilgili maddelerde genellikle 13. Maddedeki genel sınırlama sebeplerinin tekrarından kaçınılması ve sadece bunlar dışındaki özel sınırlama sebeplerinden söz edilmesi, 1971-1980 dönemindeki tereddüdü ortadan kaldırmıştır. Bu şekilde 1982 Anayasası, 1961 Anayasasının hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda kabul etmiş olduğu “kademeli sistemden” uzaklaşmıştır.²⁰⁵ Kademeli sistem deyiminden, bazı özgürlüklerin hiç sınırlandırılmaması, bazılarının Anayasanın ilgili maddelerinde belirtmiş olduğu sebeplerle sınırlanabilmesi (nitelikli yasa kaydı), bazılarının ise yasama organının takdir yetkisine göre sınırlandırılabilmesi anlatılmak istenmektedir.

²⁰³ A.g.e. s. 78

²⁰⁴ AYMK, 26.11.1986, E. 1985/8, K.1986/27

²⁰⁵ Özbudun, a.g.e. s. 78

²⁰⁶ Bunun sonucu olarak her temel hak ve hürriyet, kendisine özgü niteliğine ve özelliklerine bakılmaksızın 13. Maddede gösterilen sebeplerden herhangi biri veya hepsi ile sınırlandırılabilecektir.²⁰⁷

1982 Anayasası beş aşamalı bir sınırlama sistemi kurmuştur; Birincisi yukarıda gerekçeleri belirtilip açıklanan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması olarak dokuz genel sınırlama hükmünden oluşan genel sınırlama nedenleri”, “özel sınırlama nedenleri”, “Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamaması hükmü”, “özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması”, “Anayasanın özgürlükler konusunda öngördüğü yasaklamalardır.”²⁰⁸

Özel sınırlama nedenleri bir temel hak ve özgürlüğün yasamaya verilen bir yetki olarak değil de doğrudan anayasa tarafından sınırlandırılmasıdır. Bunlar temel hakkın tanımında yer alırlar ve anayasa o hakkı ancak o sınırlar içinde tanımıştır. 1982 Anayasasında bu sınırlar epeyce fazladır. Bunlara örnek olarak; toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen 34. Madde de o hakkın “silahsız ve saldırısız olması” halinde mevcut olacağı belirtilmiştir. Hak arama hürriyeti, ancak “meşru vasıta ve yollardan faydalanarak” hak aramayı kapsar (md. 36), bilim ve sanatı yayma hakkı, “Anayasanın 1, 2 ve 3’üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak” amacına yönelik olmamak şartıyla serbesttir (md. 27). Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin şeref ve haysiyetine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır (md. 32). İbadetleri dini ayin ve törenler, anayasanın 14. Maddesine aykırı olmamak şartıyla serbesttir (md. 24).²⁰⁹ 1982 Anayasasının öngördüğü özel sınırlama nedenleri oldukça yaygındır. Genel nedenlerin yanında daha çok toplu özgürlükler alanında yoğunlaşmakla birlikte, hak ve özgürlüklerin büyük bir kısmı için özel nedenler getirilmiştir.²¹⁰ Ayrıca bu anayasal sınırlar hakkında anayasa koyucunun bir temel hak veya özgürlük hakkında sınırlama yaparken yetkisinin

²⁰⁶ Memiş, a.g.e. s. 232

²⁰⁷ Özbudun, a.g.e. s. 79

²⁰⁸ Fendoğlu, a.g.m.

²⁰⁹ Özbudun, a.g.e. s. 79

²¹⁰ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 98

sınırsız olduğunu belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası hakkında verdiği bir karara göre, anayasal sınır halinde hakkın özü kavramının da geçerli olmayacağını kabul etmek gerekmektedir.²¹¹ Kararın bir bölümünde şu cümleler geçmektedir;

“Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca temel bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan, Anayasa'nın 120. maddesinin ve 21. maddesinin karşılıklı ilişkilerine değinen ve üniversite öğretimi niteliğindeki Öğretimde Devlet tekelinin öngörölmüş olduğunu kabul eden yorumun, Anayasa'nın 11. maddesine aykırı olduğu söylenemez. Kısacası Anayasa'nın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasa'ca sınırlandırılması durumunda Anayasa'nın 11. maddesinin uygulanma yeri olamaz.”²¹²

Yukarıdaki metinden de anlaşılacağı üzere anayasa koyucu kendisini yasamaya getirilen sınırlarla bağılı görmemektedir. Eğer yasama organı bu gibi durumlarda kanuni bir düzenleme yaparsa bu düzenleme yapıcı değıl, açıklayıcı bir düzenleme olduğunu kabul etmek gerekir.²¹³ 1982 Anayasası öze dokunmama ilkesini kaldırdı ve onun yerine “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkesini getirdi. Gerekçe olarak sınırlamaların sınırı bakımından uygulanacak olan bu ölçütün öze dokunmama ölçütünden daha belirgin, daha kolay uygulanabilir bir ölçüt olduğunu söylüyor ve uluslar arası sözleşmelerle bildirgelerinde bunu kabul ettiğini belirtiyor. Gerçekten, örneğın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin çeşitli yerlerinde, sınırlamaların ancak demokratik toplum ölçüleri içinde gerekli görölebilecek sınırlamalar olacağından söz edilmektedir. Fakat bu konuda Soysal’ a göre demokratik toplum ölçütünün hakkın özü ölçütünden daha sağlam bir ölçüt olacağını söylemek zordur. Öz kavramı alındığı Almanya Federal Cumhuriyetindeki durumdan farklı olarak Türkiye’ de Anayasa Mahkemesince geniş bir biçimde işlenmiş olan ve yaklaşık yirmi yıllık bir uygulama boyunca gitgide açıklık kazanan bir kavramdır. Öz her temel hak açısından kişi dokunulmaz, , asgari bir alan güvencesi veren, artık daha

²¹¹ AYMK, 12.1.1971, E. 1969/31, K.1971/3

²¹² a.g.k.

²¹³ Özbudun, a.g.e. s. 79

fazla bir sınırlama yapılmasını olanaksız kılan bölümdür, mutlak çekirdektir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ise, her hak ve özgürlük için ayrıca düşünülemeyen, hakkın ve özgürlüğün dışında, daha çok demokrasi inancına ve demokrasiye bağlılığa göre değişen bir kavramdır.²¹⁴

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması ve kullanılmasının durdurulması konuları ayrıntılı bir biçimde incelenmeyecektir. Fakat 1982 Anayasasının getirdiği sınırlama sistemi açısından genel olarak bilinmesi gerekir. Buna göre temel hakların kötüye kullanılmasını konusunda 1971 değişikliklerinden sonra²¹⁵ 1961 Anayasasında sınırlama maddesi olarak bilinen 11. maddeye eklenen 3. Ve 4. Fıkralarda hükümler vardır. 11. Maddenin 3. Ve 4. Fıkrasına göre;

“Bu anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri anayasada belirtilen cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.”

1961 Anayasasının genel sınırlama maddesinde belirtilen bu hükümlerine karşılık 1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını ayrı bir madde halinde düzenlemiştir. 1982 Anayasasının 14. Maddesine göre;

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımını yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

²¹⁴ Soysal, *Anayasanın Anlamı*, s. 198

²¹⁵ 1971 değişikliklerinden önce 1961 Anayasasında temel hakların kötüye kullanılmaması hakkında bir hüküm mevcut değildi.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkı verir şekilde yorumlanamaz.”

Anayasanın kötüye kullanma nedeni olarak belirttiği durumlar, esas itibarıyla genel ve özel sınırlamalarla önlenebilecek durumlardır. Böyle bir düzenlemeye gidilmesi, anayasayı yapanların, belli konularda gösterdikleri hassasiyetin bir sonucu olmak gerekir. Danışma Meclisince kabul edilen madde metninde,”Bu amaçla kullananlar, kötüye kullandıkları hakları kaybederler. Hak kaybı hükmü mahkemelerce verilir.” Kuralıda ter almıştı. Federal Alman Anayasasında da yer alan²¹⁶ bu kural Milli Güvenlik Konseyince, Türk anayasa hukukunda bugüne kadar böyle bir sistemin olmadığı, temel hak ve hürriyetleri bu madde hükümlerine aykırı biçimde kullananların, ceza yasalarına göre cezalandırılacakları gerekçeleri ile madde metninden çıkarılmıştır.²¹⁷

Maddenin son fıkrasında yer alan “Anayasanın hiçbir hükmü, anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkı verir şekilde yorumlanamaz” hükmü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. Maddesinden esinlenerek konulmuştur.²¹⁸

Erdoğan’ a göre ise Anayasanın 14. Maddesinde ifadesini bulan kötüye kullanma anlayışının bu konudaki evrensel anlayışla pek ilgisi yoktur.²¹⁹ Çünkü hukukta hakların kötüye kullanılması, Türk Medeni Kanununda da belirtildiği gibi, başkalarının haklarına ve meşru çıkarlarına zarar veren eylem şeklinde anlaşılır. Yani kötüye kullanma devlete karşı değil, bireylere karşı söz konusu olabilir. Bu anlamda

²¹⁶ Hakların kötü kullanmaya bağlı olarak düşmesi kurumu ile ilgili geniş bilgi için; **Oğuz Şimşek**, “Federal Alman Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düşmesi” *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt;5 Sayı;1, (2003)

²¹⁷ **Gözübüyük**, a.g.e., s. 173

²¹⁸ A.g.e. s. 173

²¹⁹ AIHS ile 1982 Anayasasında bu konudaki farklılık için; **Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2002, s. 143

hakların kötüye kullanılmasının hukuki koruma görmeyeceği hukukun genel bir ilkesi olduğundan, ayrıca anayasaya yazılması da gerekmez.²²⁰

1982 Anayasanın temel hak ve özgürlükler yönünden olağanüstü durumlar için öngördüğü kurum temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasıdır. Anayasa bunu 15. Maddesinde düzenlemiştir.

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı²²¹ dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

1961 Anayasası sadece sıkıyönetim ve savaş halinde özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağına veya durdurulacağına yasa ile düzenleneceği kuralını getirmiştir.(md 124) Buna karşılık 1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin durdurulacağı alanı genişletmiş, savaş ve sıkıyönetim hallerine, “seferberlik” ve “olağanüstü hali” eklemiştir. Bu durumlarda temel hakların kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. Anayasa bununla yetinmeyerek, “bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” kuralını da koymuştur. (md. 15) Anayasa ağır sonuçlar doğurabilecek bu düzenlemeye, yine kendisi önemli sınırlama ve istisnalar getirerek hafifletmeye çalışmıştır.²²²

Genel olarak 1982 Anayasasının sınırlama konusundaki yaklaşımı, yürütmeyi güçlendirirken aynı zamanda temel hakları kısıtlama yönünde olmuştur. Temel hak ve

²²⁰ **Mustafa Erdoğan**, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yayınları, 1999, s. 138

²²¹ “ile ölüm cezalarının infazı” ibaresi 5170 sayılı yasanın 2nci maddesiyle metinden çıkarılmıştır.

²²² **Gözübüyük**, a.g.e. s. 174

özgürlükleri belli çemberler içine alan mekanizmalar getirmeyi, yürütmeyi güçlendirmenin ayrılmaz bir parçası olarak görmüş, kişiyi güçlü iktidarlara karşı koruyacak kurum ve kuralları cılız bırakırken, temel hak ve özgürlükleri sınırlama olanaklarını iktidarlar lehine genişletmiştir. Bu nedenle 1982 Anayasası ile 1961 Anayasasının sınırlama sistemi arasında önemli farklar bulunmaktadır.²²³

2.3.2. 4709 Sayılı Yasa (2001 Değişikliği) Sonrası Durum

2.3.2.1. Genel Olarak 2001 Değişiklikleri

1982 Anayasasında 2001 yılında, Ekim’de 4709, Kasım’da 4720 olmak üzere iki kez değişiklik yapılmıştır. 2001 yılındaki değişiklikler, 1982 Anayasasında o güne kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısıdır. Kasım ayında yapılan ikinci değişiklikle sadece Anayasanın 86. Maddesi düzenlenmiştir. 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliklerde ise, Anayasanın, başlangıç metni, 31 eski maddesi ve bir de geçici maddesi değiştirilmiştir. Bu nedenle 2001 değişiklikleri diye de adlandırılan değişiklikle genelde kastedilen değişiklik 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliktir.

Anayasada 4709 sayılı kanunla yapılan 2001 değişikliklerini, devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikler ve özgürlükler rejimine ilişkin değişiklikler olmak üzere iki alana ayırabiliriz; Devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikler; TBMM’nin görev ve yetkileri (md. 87), MGK (md.118), ve diğer değişiklikler. Özgürlükler rejimine ilişkin değişiklikler ise dört bölümde incelenebilir; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (md.13), temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması (md. 14), kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 19), düşünce açıklama ve yayma özgürlüğü (md. 26) ve diğer hak ve özgürlükler. 2001 Anayasa değişikliklerinin büyük bir bölümü temel hak ve özgürlüklerle ilgilidir.

4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikte asıl değişken temel haklar ve özgürlüklerdir. Bu değişikliğin amacı ise insan hakları hususunda Avrupa standardını

²²³ Soysal, a.g.e. s. 194-202, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları", *Anayasa Yargısı*, Cilt;1, 11-20, (1984) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg1/msoysal.pdf> (e.t. 21.9.2008) , Suna Kili, "Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1982 ve 1961 Anayasaları" *Anayasa Yargısı*, Cilt;1 23-28, (1984), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg1/kili.pdf> (e.t. 15. 9. 2008)

yakalamak, sürekli gelişen bir yapısı olan insan hakları konusunda ortaya çıkan evrensel gelişmelere ayak uydurmak olduğunu söyleyebiliriz. Bu husus, 4709 sayılı kanun tasarısının genel gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.

“1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasî açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasî kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş, demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir.”

Değişikliğin dinamikleri açısından “Avrupa”nın rolü kıyasladığımızda büyük bir orana karşılık gelir. Nitekim bu Anayasa değişikliğinin etkisiyle 14 Aralık 2001 de AB Leaken Zirvesi bildirisinde, ilk defa olarak; Türkiye’nin siyasi kriterlere uyum yolunda ilerleme kaydettiği ve üyelik müzakerelerinin açılmasına yaklaşıldığı ifadesine yer verilmiştir. Keza yapılan bu değişiklik, meclisteki partiler arasında sağlanan mutabakat sonucunda, AB Komisyonunun Türkiye için hazırladığı katılım ortaklığı belgesinde yer alan “Siyasi Kriterler” istikametinde ve 19 Mart 2001 tarihinde, Bakanlar Kurulunca Türkiye’nin özellikleri ve hassasiyetleri dikkate alınarak kabul edilen Ulusal Program yönünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ek protokoller göz önünde tutularak, kanunlaşp, yürürlüğe girdiğini biliyoruz.²²⁴

Anayasanın değiştirilme sürecinde Uzlaşma Komisyonu ve Anayasa Komisyonu çalışmaları sırasında, Avrupa Birliğine adaylığın bu çalışmalarda belirleyici olduğu belirtilmişti. Başbakan ve iki Başbakan yardımcısı olmak üzere iktidar ortağı üç partinin iradeleri, çalışmalar için yönlendirici olmuştur. Bu bakımdan komisyonda ciddi bir tartışma ortamı oluşmamıştır. Komisyonlarda yapılan çalışmaları etkileyen, uzmanların görüşlerinden çok, bürokratların özellikle Kopenhag siyasi

²²⁴ **İsmet Giritli**, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması” *Anayasa Yargısı*, Sayı;19, 105-115, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/giritli.pdf> (e.t. 23.10.2008)

kriterleri ışığında hazırladıkları raporlar esas alınmıştır. Yine uzmanlardan etkilenilmiş ise de bu etki net biçimde görülememektedir. Kamuoyunda yapılan tartışmalar ve konuya ilişkin sivil toplum örgütlerinin yaptığı hazırlık çalışmaları komisyonca pek dikkate alınmamıştır. Bu husus tartışılan noktalardan bir tanesi olmuştur.²²⁵

Yapılan bu yeni düzenleme ileride görüleceği üzere, sınırlama maddesi olan 13. Maddeden, genel sınırlama nedenlerini kaldırmıştır. Anayasal özgürlükler ancak ilgili maddelerinde o özgürlük için öngörülen nedenler ile sınırlanabilecektir. Böylece değişikliğin farklılaştırılmış bir sınırlama rejimi getirdiği söylenebilir. Değişiklik ile 13. Maddeden çıkarılan genel sınırlama nedenlerinin yanında bu sınırlama nedenleri, belli hak ve özgürlüklere ilişkin maddelere dağıtılmıştır. Kaboğlu'na göre söz konusu nedenlerin ilgili hak ve özgürlüğün niteliğine uygunluğu, dağıtım için ölçü oluşturabilirdi. Ne var ki 2001 değişikliklerinde bu işlem, daha çok birinci kuşak ve kolektif özgürlükler için yapılmış, eşitsiz dağılım yapılması suretiyle ölçü kaçırılmıştır. Örneğin “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (md. 26) için birçok sınırlama nedeni öngörüldüğü halde, “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması” gibi bu özgürlüğün niteliği ile bağdaşması güç nedenlerin çoğu da bu maddeye taşınmıştır.²²⁶

4709 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerin çoğu temel hak ve özgürlükler ile ilgili olduğunu söylemiştik. Bu madde ile yapılan değişikliklerden temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. Maddede yapılan değişiklikler ile temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını düzenleyen 14. madde diğer bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. Geriye kalan temel hak ve özgürlüklerle alakalı değişiklikler aşağıdaki gibidir. Kuşkusuz bu değişiklikler içinde uzunca incelenmesi gereken hususlar vardır. Fakat bu çalışmanın sınırları bunları ayrıntıları ve tartışmaları ile incelemeyi kapsamamaktadır. Sadece 2001 değişikliklerinin kapsamı hakkında fikir edinmek için yapılan değişiklikler kısaca belirtilecektir.

²²⁵ **Kaboğlu**, “2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Tepkiden Ulusal Tepkiye” *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, 105-118, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/kaboglu.pdf> (e.t. 21.11.2008)

²²⁶ **Kaboğlu**, *Özgürlükler Hukuku*, s. 99

Bu değişiklikler genel olarak;

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını düzenleyen maddeden (md. 14) Kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 19) konusunda 19.maddenin 5.fıkrasının ilk cümlesi, 6. fıkrası ve son fıkrası değiştirilmiş, 3 yenilik getirilmiştir; toplu suçlar için düzenlenen 15 günlük gözetim süresi 4 güne indirilmiştir. 6. fıkrasının değişikliği ile “soruşturmanın kapsamı ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk” kaydı kaldırılmış ve böylece tutuklama halinde bu durumun derhal yakınlarına bildirilmesi kuralı getirilmiştir ki bunlar olumlu değişmelerdir. Ayrıca zarar halinde bunu Devletin karşılayacağı esası getirilmiştir.²²⁷

Özel hayatın gizliliği (md. 20) konusunda maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi olan özel hayatın gizliliğinin istisnasını oluşturan, “adli soruşturma ve kovuşturma gerektirdiği istisnalar saklıdır.” Hükümü kaldırılmıştır. Kişilerin üstlerinin eşyalarının aranmasıyla ilgili maddeye, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenilmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması gibi sınırlama sebepleri eklenmiştir. Ayrıca aramalarda yetkili merciden, yazılı emir olması şartı ve merciin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması, hâkimin kırk sekiz saat içinde karar açıklamaması neticesiyle el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükümleri getirilmiştir.

Konut dokunulmazlığını (md. 21) düzenleyen maddeye özel hayatın gizliliğinde olduğu gibi, sınırlama sebepleri getirilmiştir. Bunlar; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenilmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleridir. Yine bu maddede yukarıda olduğu gibi aramalarda, yetkili merciden, yazılı emir olması şartı ve merciin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması, hâkimin kırksekiz saat içinde karar açıklamaması neticesiyle el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükümleri benimsenmiştir.

Haberleşme hürriyetini düzenleyen (md. 22) maddede yine yukarıdaki değişikliklere paralel olarak sınırlama sebepleri (milli güvenlik, kamu düzeni, suç

²²⁷ Fendoğlu, a.g.m.

işlenilmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) getirilmiştir. Haberleşmenin engellemesi veya gizliliğine müdahale etmek için yetkili merciden, yazılı emir olması şartı ve merciin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması, hâkimin kırk sekiz saat içinde karar açıklamaması neticesiyle el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükümleri getirilmiştir.

Yerleşme ve seyahat özgürlüğünde (md. 23) ise maddede gösterilen sınırlama sebepleri "Vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlana bilir" demek suretiyle fıkra da yer alan "ülkenin ekonomik durumu" ibaresi sınırlama sebebi olmaktan çıkarılmıştır.

Düşünce açıklama ve yayma özgürlüğünde (md. 26) değişiklik ile getirilen tek yenilik, eski metnin 3. fıkrasında bulunan dil yasağının kaldırılmasıdır. Buna paralel olarak basın hürriyetini düzenleyen 28. madde de değiştirilmiş ve "kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz" ifadesi Anayasa metninden çıkarılmıştır. 26. maddenin 2. fıkrasına ayrıca ekleme yapılmış ve "bu hürriyetlerin kullanılması" ibaresinden sonra "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması" eklenmiştir. Bununla düşünce özgürlüğünün getirildiği hakkında tartışmalar vardır. Bu görüşe göre aksine maddeye düşünce özgürlüğüne engel teşkil edebilecek nedenler eklenmiştir.²²⁸

Kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle iletişim araçlarından yararlanma hakkını düzenleyen (md. 31) ve Dernek kurma hürriyetini düzenleyen (md. 34) maddelere yine, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenilmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, olmak üzere özel sınırlama sebepleri eklenmiştir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını düzenleyen maddedeki (md. 34) yasaklar ve ertelemeler kalkmıştır. Bunlar yetkili mercie tanınmış olan, "şehir düzeninin bozulmasını engellemek amacıyla tanınan yer ve güzergâh tespiti yetkisi ile

²²⁸ Fendoğlu, a.g.m.

dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemelerine yönelik yasaklardır. Bu maddeye de milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenilmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri, eklenmiştir.

Hak arama hürriyetine (md. 36)AİHS’ in de 6. Maddesinde bulunan, “adil yargılanma hakkı” getirilmiştir. Ve bu değişiklik hukuk çevrelerince olumlu karşılanmıştır.

Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen maddeye üç önemli yenilik eklenmiştir. Birincisi “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” Hükmüdür ki bu değişiklik AİHS’ in 4 numaralı protokolüne uygun olarak getirilmiştir. İkincisi “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.” Bu fıkra yine AİHS’ in 6 numaralı protokolüne göre düzenlenmiştir.²²⁹ Yalnız bu fıkra 2004 yılında 5170 Sayılı kanunla maddeden çıkarılmıştır. Maddedeki son değişiklik ise “ Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.”

Temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen maddeye (md. 40) “Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” İbaresini eklenmiştir.

Ailenin korunması maddesinin (md. 41) ilk fıkrası “Aile Türk toplumunun temelidir. Ve eşler arasındaki eşitliğe dayanır. Bu maddedeki değişiklik yine AİHS’ in 7 numaralı ek protokolüne (md. 5) göre düzenlenmiştir.²³⁰

Kamulaştırmayı düzenleyen maddenin (md. 46) ilk fıkrasına ”karşılıkları” sözcüğünün başına “gerçek” sıfatı eklenmesiyle özel mülkiyetlerdeki taşınmaz mallarının karşılıklarına güvence getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası olan kamulaştırma bedellerinin ödemesinin ilkelerini düzenleyen fıkra kaldırılmıştır. Ve

²²⁹ A.g.m

²³⁰ **Giritli**, a.g.m.

maddenin sonuna “ikinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz haddi uygulanır” fıkrası eklenmiştir.

Çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen maddenin (md. 49) ikinci fıkrasına devletin çalışanların yanında “ işsizleri korumak” için de tedbirler alacağı söylenmiştir. Bu maddeyle işsizlerde devlet koruması altına alınmıştır.

Sendika kurma hakkında (md. 51) önceki maddenin 2.fıkrasını oluşturan sendika kurmanın önündeki bürokratik engeller kaldırılmış ve sendikaların kapatılması zorlaştırılmıştır. Maddenin ilk fıkrasındaki “işçiler ve işverenler” “çalışanlar ve işverenler” olarak değiştirilmiştir. “işçi sendikaları ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışma şartı aranır.” İfadesi maddeden çıkarılmıştır. Maddeye “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenilmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması” olarak özel sınırlama sebepleri eklenmiştir.

Ücrette adaletin sağlanmasını düzenleyen maddenin (md. 55) ikinci fıkrası “asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.” Olmak üzere değiştirilmiş, “..ülkenin sosyal durumu..” cümlesindeki sosyal ibaresi kaldırılmıştır.

Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını düzenleyen maddedeki (md. 65) devletin ödevleri yerine getirmesindeki ölçüsü olan “ekonomik istikrarı korumak” ifadesi kaldırılmış “..bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek” ibaresi maddeye eklenmiştir.

Türk vatandaşlığında(md. 66) madde de yer alan “yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir.” Hükmü kaldırılmıştır.

Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının düzenleyen maddede (md. 67) oy kullanamayan hükümlülere, taksirli suçlardan hüküm giyenler olmak üzere oy hakkı tanınmıştır. Ayrıca maddenin sonuna şu fıkra eklenmiştir.” Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlere uygulanmaz.”

Siyasi partilerin uyacakları esaslarda düzenlenen parti kapatılması durumu zorlaştırılmıştır. Kapatılmasına esas teşkil eden siyasi partilerin suç odağı haline gelmesinde suç odağı tanımlanmıştır. Buna göre; “Bir siyasi 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 bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarının kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.” Ayrıca Anayasa Mahkemesine partiyi temelli kapatma yerine o partiyi devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakmak olanağı tanınmıştır.

Dilekçe hakkı (md. 74) karşılıklı esas gözetilmek kaydıyla, Türkiye’de ikamet eden yabancılara, dilekçe hakkı tanınmıştır.

4709 sayılı kanun ayrıca, TBMM’nin genel yetkileri (md. 87), Kanunların Cumhurbaşkanınca yayınlanması (md. 89), Başkanın divanı (md. 94), Meclis soruşturması (md. 100), Milli Güvenlik Kurulu (md. 118), hakkındaki maddelerde de değişiklikler yapmıştır. Fakat yukarıda sadece temel hak ve özgürlükler alanında yapılan değişikliklere değinilmiştir.

Anayasanın başlangıç kısmında da bazı değişikliklere gidilmiştir. Buna göre “Hiçbir düşünce ve mülahazanın... korunma göremeyeceği” ibaresi “Hiçbir faaliyetin... korunma göremeyeceği” olarak değiştirilmiştir.

Yine Anayasanın geçici 15. Maddesinin son fıkrası kaldırılmıştır. Kaldırılan fıkra “ Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.” Denmekle bu kanun ve KHK’ler Anayasa yargısı içine dâhil edilmiştir.

2.3.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında (13. Madde) Yapılan Değişiklik

1982 Anayasasında 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin beklide en önemlisi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. Maddede yapılan değişikliktir. Bu maddenin değiştirilmesi literatürde birçok tartışmaya neden olmuştur. Yazarlardan bazıları yapılan değişikliği, olumlu bulmakla beraber 1961 Anayasasına bir dönüşün olduğunu belirtmiş²³¹, bazıları geç kalınmış bir düzenleme olarak nitelemiş, hatta bazıları Türk Anayasa Hukukunda çılgır açıcı bir değişiklik olarak görmüşlerdir²³². Bazı yazarlar ise yapılan değişikliği değişik nedenlerle olumlu bulmamışlardır. 13. Maddenin bu şekillerde yorumlanmasının sebebi daha çok maddenin “genel sınırlama” hükmü olmaktan çıkartılması ve “öz” güvencesini de içerecek şekilde yeniden düzenlenmesidir. Ancak bunun yanında diğer sınırlamanın sınırlarını oluşturan ölçütlerde örneğin bir arada uygulanabilmesinin oluşturduğu çelişki gibi sebeplerle bu tartışmalara neden olabilmektedir.

4709 sayılı kanunun 2. Maddesiyle değiştirilen yeni 13. Madde aşağıdaki hali almıştır;

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

Madde metninde de görüldüğü üzere artık temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kendi düzenlendikleri maddede öngörülen sınırlama nedenleriyle sınırlanabilmesi mümkün olabilecek, bunların dışında genel bir sınırlama nedenine dayanılması söz konusu olmayacaktır. Bu şekilde 13. Maddenin diğer maddeler üzerindeki baskı kaldırılmıştır. Bu değişikliğin getirdiği anlayış ise; özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olarak düşünülmesi gerektiğidir.²³³

²³¹ **Zühtü Arslan** “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler” *Anayasa Yargısı*, Sayı;19, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/arslan.pdf> (e.t. 12. 12,2008)

²³² **Cem Eroğul** “Altıncı Anayasa Değişikliği” *Mülkiye Dergisi*, Sayı;231 s. 274

²³³ **F. Sağlam**, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar Ve Bunların Çözüm Olanakları” *Anayasa Yargısı*, Sayı;19, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/fsaglam.pdf> (e.t. 17.12.2008)

13. madde de yapılan bu değişiklik, yani genel sınırlama sisteminden kademeli (farklılaştırılmış) sınırlama anlayışına geçiş²³⁴ ile sınırlama rejimi, AİHS' ne göre düzenlenmiş ve ona uygun hale getirilmiştir. AİHS' de yer alan sınırlama rejimine göre, sözleşme ile güvence altına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına olanak veren genel bir sınırlama nedenine yer verilmemiş, sınırlandırılmasına olanak tanınan hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesinde hakkın kendine özgü nitelikleri ve özellikleri göz önünde tutularak, ne tür sebeplerle sınırlama yapılabileceği tek tek özel olarak belirtilmiştir.²³⁵

2001 değişiklikleri ile yukarıda da değinildiği gibi temel hak ve özgürlükler açısından getirilen en radikal değişiklik genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olmasıdır. Bilindiği gibi 1982 Anayasasında bundan önceki sistemde, Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin bütününe şamil, genel sınırlama sebepleri mevcuttu. Bu sistemin bir gerekliliği olarak, mülkiyet hakkı (md. 35) gibi bazı istisnalar dışında, maddelerde ayrıca bu sınırlama nedenlerine yer verilmeye gerek görülmemiştir. Ancak belli maddelerde hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olan genel sınırlama nedenlerine ilaveten hakkı düzenleyen maddede özel sınırlama sebepleri de öngörülmüştür. Bu şekilde sınırlamayı ön plana çıkaran bu sistem, kendi içinde mantıklı bir bütünlük göstermektedir.²³⁶ Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen maddelerde 1961 Anayasasından bu yana yapılan değişiklikler, yukarıda da belirtildiği gibi farklı tartışmalar ve sorunlar ortaya çıkarmıştır. Son değişiklikle geline nokta, 1961 Anayasasının ilk halinden bugüne kadar olan süreç içerisinde görmek açısından, sınırlamayı düzenleyen maddenin geçirdiği değişiklikleri bir tabloda toplu olarak görmek faydalı olacaktır.

²³⁴ F. Sağlam, a.g.m.

²³⁵ M. Sağlam, a.g.m

²³⁶ F. Sağlam, a.g.m.

Tablo-1: Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanmasını Düzenleyen Anayasa Metinleri²³⁷

1961 Anayasası Md. 11	1961 Anayasası Md. 11 (Değişik; 20.09.1971- 1488)	1982 Anayasası Md. 13(Eski)	1982 Anayasası Md. 13 (Değişik; 3.10.2001-4709)
<i>“ Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli</i>	<i>“Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer</i>	<i>“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</i>	<i>“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna,</i>

²³⁷ Fendoğlu, a.g.m.

<i>güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.”</i>	<i>maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.</i> <i>Kanunun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.</i> <i>Bu anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez</i>	<i>sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.</i> <i>Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.</i>	<i>demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”</i>
--	---	---	--

	<i>bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri anayasada belirtilen cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastı ile kullanılamaz.</i> <i>Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.”</i>	<i>Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”</i>	
--	--	---	--

4709 sayılı kanun ile değişen 13. Maddeye bakıldığında önemli olan husus, değişiklik öncesinin aksine sınırlama nedenleri ile olanaklarının değil kanun koyucunun sınırlama yetkisine sınır getirilmesi esasına dayanan özgürlükçü bir anlayışın hâkim olduğu görölmektedir.²³⁸ Yukarıdaki tablodaki 13. Maddenin değişiklik sürecinde de görüleceği üzere, 1961 Anayasasında yapılan değişikliklerin özgürlükten otoriteye doğru bir yöneliş izlediği söylenebilir. 1961 Anayasasının getirdiği özgürlükçü düzen Türkiye için lüks kabul edilmeye başlandığından itibaren bu değişiklik çabaları hız kazanmıştır. Bunu 1971 ve 1973 değişikliklerinde görmek mümkündür. Milli Güvenlik Kurulunun konumunun güçlendirilmesi ve 11. Maddenin genel sınırlama yetkisinin verilmesi, her ne kadar yoğun tartışmalar olsa da Anayasa mahkemesinin kararlarını buna yönelik vermesi, bu yönelişe örnek teşkil etmektedir. Buna karşılık olarak 1982 Anayasasında yapılan değişiklikler ise otoriteden özgürlüğe dönük bir eğimi ifade etmektedir. Özgürlükçü olarak nitelenen 1961 Anayasası ülkeye “lüks” gelirken, otoriter kabul edilen 1982 Anayasası, Avrupa Birliği ile bütünleşme içinde ülkeye “dar” gelmektedir. Değişikliklere bakıldığında bu doğrultuda olunduğu görülebilir. Örneğin yine 2001 değişiklikleri ile MGK’nın güçlendirilen siyasi ağırlığını azaltma yoluna gidilmiştir. Kurulun kararlarının “tavsiye” niteliğinde olduğu vurgulanmış ve evvelden Bakanlar Kurulunca “öncelikle dikkate alınan” kararlar, değişiklikle sadece” değerlendirilme” niteliğine büründürölmüştür.²³⁹

Yukarıda ki MGK örneği ile paralel olarak 13. Maddenin genel sınırlama niteliğinin kaldırılması ve hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında riayet edilmesi gerekli sınırlarında belirtilmesi, yine bu doğrultuda yapılmıştır. Sınırlamanın sınırlarına “hakkın özü” kriterinin de eklenmesiyle bir anlamda 1961 Anayasasının özgürlükçü anlayışı yakalanmış hatta daha da önüne geçilmiştir.²⁴⁰ 13. Maddenin getirdiği yasama organının sınırlama yaparken uyacağı ölçüler kısaca sınırlamanın sınırlarını, değişikliğin getirdiği hususları görmek için karşılaştırmaları olarak tablo üzerinde görmek faydalı olacaktır.

²³⁸ M. Sağlam, a.g.m.

²³⁹ Arslan, a.g.m

²⁴⁰ A.g.m.

Tablo – 2: 1982 Anayasasının 13. Maddesinin İlk ve Değişen Şekli; Sınırlamanın Sınırları²⁴¹

13. Maddenin ESKİ şekline göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sının koşulları	13. Maddenin YENİ şekline göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sının koşulları	ESKİ ve YENİ şeklin benzer hükümleri	YENİ şeklin getirdiği yenilikler	YENİ şeklin kaldırdıkları
Sınırlama kanunla olmalıdır.	Sınırlama ancak kanunla olmalıdır.	Sınırlama kanunla olmalıdır.	Öze dokunma yasağı	Genel sınırlama nedenleri
Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.	Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır	Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.	Ölçülülük ölçütü	Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaz.
Sınırlama genel sınırlama nedenlerine ve Anayasanın ilgili	Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen	Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen özel	Laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk	

²⁴¹ Fendoğlu, a.g.m.

maddesinde öngörülen özel sınırlama nedenlere dayanmalıdır. Sınırlama Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine aykırı olmamalıdır. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılmalıdır.	nedenlere bağlı olmalıdır. Sınırlama Temel hak ve Özgürlüklerin Özüne dokunamaz. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz. Sınırlama laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz. Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.	nedenlere bağlı olmalıdır. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz		
--	---	--	--	--

--	--	--	--	--

2001 değişiklikleri ile sınırlamanın kanunla yapılması, sınırlamanın anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, ilgili maddedeki özel nedenlere dayanması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ölçütleri değişmemiştir. Ancak bunun yanında, hakkın özü, ölçölülük ve laik cumhuriyetin gerekleri ölçütleri değişiklik ile gelen ölçütlerdir. Hakkın özü kıstası, 1961 Anayasasının 11. maddesinde de yer almakta idi. Bu kavram Bonn Anayasasının 19. Maddesinden alınmıştır. Ölçölülük ilkesi 1961 Anayasasında yer almamaktaydı fakat bu kavram Anayasa Mahkemesince kullanılmıştır. Laik Cumhuriyetin gerekleri ise Türk anayasalarında ilk kez sınırlamanın sınırı olarak 4709 sayılı yasa ile getirilmiştir.²⁴² Çalışmanın son bölümünde bu sınırlara geniş biçimde değinilecektir.

2001 Değişiklikleri genel sınırlama nedenlerinin yanı sıra yapılan sınırlamanın öngörülen amaç dışında yapılmaması ölçütünü de kaldırmıştır. Yeni düzenlemede yer almayan bu ölçüt, ölçölülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Sınırlamanın bir ölçüye bağlı olması, aynı zamanda “öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamasını” da gerektirir. AİHS’ in 18. Maddesine göre, “sınırlamalar öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaz. Haklar ve özgürlükler ancak usulüne göre, iyi niyetli ve amacına uygun olarak sınırlandırılabilir.”²⁴³

13. Maddede yapılan düzenlemeler özellikle genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olması, genel olarak olumlu karşılanmıştır. Ancak bu değişikliği eleştirenlerde olmuştur.

Değişiklikleri eleştirenlerden birisi Gözler’dir. Gözler, genel olarak 2001 değişikliklerini “abesle iştigal” olarak tanımlamış ve 13. Maddeden genel sınırlama nedenlerinin çıkarılmasını sakıncalı bulmuştur.²⁴⁴ Bu sakıncaların başında bazı

²⁴² A.g.e.

²⁴³ A.g.e.

²⁴⁴ **Gözler**, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği; Bir Abesle İştigal Örneği” *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/gozler.pdf> (e.t. 10.1.2009)

hürriyetlerin tamamıyla sınırsız kalması gelmektedir ki Sağlam’ da bu soruna değinmiştir.²⁴⁵ Buna göre 1982 Anayasasında, düşünce ve kanaat hürriyeti (md. 25), hak arama hürriyeti (md. 36), kanuni hâkim güvencesi (md. 37), ispat hakkı (md. 39), çalışma ve sözleşme hürriyeti (md. 48) gibi temel hak ve hürriyetler ilgili özel maddelerinde sınırlama sebebi belirtilmediği ve genel sınırlama sebeplerinin de kaldırıldığı için sınırsız kalmıştır. Özel maddelerinde sınırlama sebepleri belirtilmeyen bu hak ve hürriyetlerin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasaya aykırı hale gelmiştir. Diğer bir sakınca bazı hak ve özgürlüklerin kısmen sınırsız hale gelmesidir. Değişiklik ile anayasada temel hak ve hürriyetlerin birçoğuna özel sınırlama nedeni eklenmiştir. Fakat bu nedenlerin hepsi, değişiklik öncesi genel sınırlama nedeni olan bütün sebepler sayılmamıştır. Örneğin seyahat hürriyetini düzenleyen 23. Maddede sayılan özel sebeplerinin arasında “genel sağlık” bulunmamaktadır. Bu sebeple salgın bir hastalık nedeniyle karantina ilan edilmesi yani bir yere girip çıkılması yasaklanamayacaktır. Yine anayasa hukuku doktrinde “isimsiz hürriyetler” adı verilen anayasada yer almayan hak ve özgürlükler 12 maddenin koruması altındadır. Dolayısıyla ancak 13. Maddedeki nedenlerle sınırlandırılabilir. 13. Maddeden de genel sınırlama sebepleri kalktığına göre bu hürriyetlerde sınırsız kalmış olacaktır.²⁴⁶

Eleştirilerden bir tanesi de Sağlam’dan gelmektedir.²⁴⁷ Sağlam sorunu genel olarak, tutarlılıkta görmektedir. Otoriter olarak nitelenen 1982 Anayasasının ilk hali, beğenilse de beğenilmese de kendi içinde bir tutarlılık arz etmektedir. 2001 değişiklikleri ile getirilmek istenen kademeli sınırlama sistemi topyekûn bir yeniliği gerektirdiği için getirilen yeni sisteme uygun iç sistemin de tutarlı olması gerekmektedir. Aksi halde ortaya “abes” sonuçlar çıkması doğaldır. Nitekim 2001 değişikliklerinde de genel sınırlama sisteminden farklılaştırılmış sisteme geçilirken, yapılması zorunlu olan iç düzen sağlıklı bir biçimde oluşturulmamıştır. Böyle bir sistem değişikliğine giderken, her bir temel hak maddesinin yeniden gözden geçirilmesi ve o temel hakkın koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin maddeye eklenmesi gerekir. 2001 değişikliklerinde bu şekilde bir ön hazırlığın, çalışmanın ve düzenlemenin yapılmamış

²⁴⁵ M. Sağlam, a.g.m.

²⁴⁶ Gözler, a.g.m.

²⁴⁷ F. Sağlam, a.g.m.

olması asıl sorunu teşkil etmektedir. Ayrıca Sağlam, Gözler’ in yukarıda değindiğimiz sorunları için görünüşte sorunlar olduğunu öne sürmüştür.²⁴⁸ Bu eleştirilerin yersiz olduğu, 110. Sayfada kısaca açıklayacağım gibi, önceki bölümde incelenen “içkin sınırlar” (s. 38.) yaklaşımı çerçevesinde açıklanabilir.

Arslan’a göre 13. Maddenin sınırlamanın sınırlarını oluşturan “hakkın özü” ile “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütlerini bir arada benimsenmesi bir çelişkidir. Ve bunu bir arada uygulanması birtakım sorunları doğuracaktır. 1982 Anayasasının hazırlık çalışmalarında bu iki kıstas birbirinin alternatifi olarak kabul görmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi ise bu kavramları alternatif değil, birbirlerini tamamlayıcı unsurlar olduğunu ifade etmiştir. Öz güvencesi demokratik toplum düzeninin gereklerinden daha özgürlükçü bir kavramdır. Ve yaygın bir inanca göre öz güvencesi, hakları sınırlamada siyasal otoritenin çaresiz kaldığı savunulmaktadır. Ve bu inancın 1982 Anayasasını hazırlayan komisyon üyeleri arasında çok yaygın olduğunu söylemek mümkündür. Demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstası ise daha kullanılması kolay ve otoriteye güç veren bir yapıya sahiptir. Bunu Anayasa Komisyonunun Başkanı; “demokratik toplum düzeninin gereklerine yer veren bu 13. Madde düzenlendiği şekilde çok daha elastiki, devlet iktidarına imkânlar verebilen bir maddedir” açıklamasından anlayabiliriz.²⁴⁹

2001 değişikliklerine yöneltlen bu eleştirilerden sonra bir sorun da Anayasanın başlangıç hükümleri ile ilgilidir. Sorun yapılan değişiklik ile başlangıç hükümlerinin değişiklikten evvelki kısıtlayıcı hükümlerinin (Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı) 13. Maddenin işlevini görmeye devam edip edememesidir. Yani başlangıçta yer alan otoriter hükümlere dayanarak hak ve özgürlüklerin çifte sınırlamasına gidilebilmesi sorunudur. Başlangıç hükümlerindeki sınırlayıcı hükümler 1961 Anayasasında ölçü

²⁴⁸ A.g.m.

²⁴⁹ Arslan, a.g.m.

norm kabul edilmemesine rağmen, 1982 Anayasası döneminde verilen bazı kararlarda bunların ölçü norm olarak kullanıldığı görülmektedir.²⁵⁰ Fakat bu konuda başlangıç hükümlerinin ölçü kabul edilebilmesinin şartı olarak; sınırlamanın Anayasada belirtilen somut bir norma dayanması gerekir. Eğer bir kanunun anayasal denetiminde anayasanın somut hükümlerinde belirtilen sınırlama nedenlerinin hiç birisine dayanmıyorsa artık salt başlangıç hükümleri hareket noktası yapılarak anayasaya aykırılık sonucuna ulaşamayacaktır. Eğer anayasaya aykırılıkta somut nedenlere dayanıyorsa, o zaman başlangıç hükümlerinin ilgili kısımları somut normun yorum ve uygulamasında destekleyici bir role sahip hale gelebilir.²⁵¹ Bu konuda 4709 sayılı yasanın getirdiği yeni sınırlama düzeni içerisinde başlangıç hükümlerinin ölçü norm kabul edilip edilmemesi, 13. Maddenin kesin söylemi ve bunun yanında başlangıç hükümlerinin çok keskin ve bağlayıcı içeriği arasında kalmayı ifade etmektedir.²⁵² Eğer başlangıç hükümlerinin ve 14. Maddenin önceden olduğu gibi yasama organına temel hak ve özgürlükleri sınırlama konusunda genel bir yetki verdiği şeklinde yorumlanacak olursa, 4709 sayılı kanunla 13. Maddede yapılan “Temel hak ve hürriyetler... Yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen... sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir.” Şeklinde açık ve buyurucu değişiklik hükmünün bir anlamının olmayacağını belirtmek gerekir.²⁵³

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması 2001 değişiklikleri ile değişikliğe uğrayan maddelerden bir tanesidir. Bilindiği gibi 1961 Anayasasında bu hüküm yer almamaktaydı. 1961 Anayasasının ilk şeklinde bu hükmü yazmaya gerek duyulmamıştır. Hukukta hakların kötüye kullanılması, başkalarının haklarına ve meşru çıkarlarına zarar veren eylem şeklinde anlaşılmaktadır. Bu anlamıyla hakların kötüye kullanılmasının hukuki koruma görmeyeceği hukukun genel bir ilkesi olduğundan,

²⁵⁰ Örneğin AYM 25.10.1983 tarihli 1983/2 esas sayılı, Huzur Partisinin kapatma davasında başlangıç hükümlerinin sınırlayıcı özelliğine atıfta bulunmuş ve ölçü norm kabul etmiştir. Mahkeme kararın bir paragrafında;

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Başlangıcında, -hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı- açıkça belirlenmiştir.”

²⁵¹ **M. Sağlam**, a.g.m.

²⁵² **Tanör**, a.g.e. s. 139

²⁵³ **M. Sağlam**, a.g.m.

ayrıca anayasaya yazılması gerekmez.²⁵⁴ Anayasa mahkemesi de her hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan nesnel sınırlılığının olduğunu göz önüne alarak kararlar vermiştir.²⁵⁵ Ancak 1971 değişiklikleri ile 11. Maddeye eklenen 3. Ve 4. Fıkralar ile 1982 Anayasasının 14. Maddesindeki düzenlemenin dayandığı nokta temel hak ve özgürlüklerin sınırsız kalacağı önyargısıdır.²⁵⁶ 1971 anayasa değişikliği ve 1982 Anayasasının 14. Maddesi için AİHS’in 17. Maddesinin bir yansıması olduğu ileri sürülmüştür.²⁵⁷ Metinler arasındaki benzerlikler ilk bakışta bu savı haklı çıkarır gibi görünse de AİHS sisteminde, hak ve özgürlüklerin ulusal anayasalarda tek elden ve kademesiz bir şekilde, düzenlenmesini öngörmemiştir. Ayrıca sözleşmenin 17. Maddesi yalnızca kişilere değil devletlere de temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanmama borcu yükler. Yine 17. Madde de “faaliyet” ve “eylemler” söz konusu iken, 1982 Anayasasının 14. Maddesi düşünce ve bilim-sanat hürriyetlerini kuşatıcı bir izlenim vermekteydi. Bu nedenlerle 13. Maddede olduğu gibi 14. Maddede de AİHS’de karşılığı bulunmayan hükümler mevcuttur.²⁵⁸

1982 Anayasasının ilk halindeki 14. Madde bazı sorunlar oluşturmıştır. Örneğin bilim-sanat özgürlükleri açısından bu sorunları görmek mümkündür. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında “sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılmasını” Anayasa’ya uygun bulurken bile bu maddeye dayanmıştır.²⁵⁹ Bu şekilde 14. Madde 13.

²⁵⁴ **Erdoğan**, a.g.e. s. 138

²⁵⁵ AYMK, 29.9.1965, E.1963/173, K. 1965/40, AYMK, 8.4.1963, E. 1963/25, K. 1963/87

²⁵⁶ **Fendoğlu**, a.g.m.

²⁵⁷ **Tanör**, a.g.e. s. 143; Bu konuda 1971 değişiklikleri için Başbakan Nihat Erim Trt’ de yaptığı anayasa konuşmalarında 11. Maddedeki değişikliğin AİHS’ in 17. Maddesinin bir yansıması olduğunu söylemiştir.

²⁵⁸ A.g.e. s. 143

²⁵⁹ AYMK, 26.11.1986 E.1985/8, K.1986/27 mahkeme bu kararın bir bölümünde;

“Devletin sanatı ve sanatçıyı koruması, sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılmasına engel değildir. Anayasanın 14. maddesinin birinci fıkrasına göre; Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin hiç biri devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin bir kişi ya da zümre tarafından yönetilmesini ya da sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz. Maddenin uygulamada aksaklıklar yaratabileceği, bu görevin polis ve mülkî amir yerine Cumhuriyet Savcıları ve mahkemelere bırakılmasının daha yerinde olacağı yolundaki düşüncelerin Anayasaya uygunluk konusuyla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Açıklanan nedenlerle inceleme konusu kuralın Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”

Maddenin eski şeklinde olduğu gibi, bir genel sınırlama kuralı niteliğine büründürülmüştür.²⁶⁰

2001 değişiklikleri ile 14. Madde değiştirilmiştir. Maddenin yeni hali şöyledir;

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

14. madde değişikliğiyle getirilmiş olan yeniliklerden birisi kötüye kullanma hallerinin azaltılmış olmasıdır. Eski metindeki “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak” dışındaki diğer hallerin metinden çıkarılmasıdır. Bunların yerine, “insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmak” kavramları eklenmiştir. Bu değişiklikle AİHS’nin 17. maddesine uyum sağlanmıştır. Diğer bir yenilik eski metindeki “amaç” kelimesi yerine yeni metinde “faaliyet” kavramı getirilmiştir. Ancak “faaliyet” yerine “eylem” kelimesinin kullanılması, mevcut durumu sorgulayan ve eleştiren ifadeler de hakkın kötüye kullanılması sayılabileceğinden, daha uygun olabilirdi. Zira “faaliyetler” kısıtlamasının ne anlama geleceği henüz belli değildir. Diğer bir yenilik ise eski metne ekleme yapılmış ve Devletin de kişiler gibi temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanabileceği kabul edilmiştir bu da olumlu bir değişikliktir.²⁶¹ Yine bir değişiklik olarak 1961 ve 1982 Anayasaları arasındaki bir fark, yapıcı ve demokratik bir yöntemle giderilmiş bulunmaktadır. 1982 Anayasasının 2. Maddesindeki “insan haklarına saygılı” devlet

²⁶⁰ Tanör, a.g.e. s. 143

²⁶¹ Fendoğlu, a.g.m.

ibaresine daha keskin bir içerik getiren “insan haklarına dayanan demokratik devlet” ibaresi 14. Maddenin yeni halinde yer almıştır.²⁶²

14. maddede yapılan değişiklikler, maddenin önceki halindeki uygulamaya yani genel sınırlama sebepleri niteliğine bürünmesi uygulamasına karşılık olmak üzere, AİHS’ in 17. Maddesine paralel hale getirilmiştir. Bundan dolayı artık 14. Maddeyi genel bir sınırlama maddesi olarak görülemeyeceğini söylemek yanlış olmaz. Maddeyi hak ve özgürlüklerin nesnel, olağan kullanım alanlarını daraltıcı bir sınırlama yetkisi içermeyen, sadece yasaklanan faaliyetlerin müeyyide altına alınmasını gerektiren bir hüküm şeklinde değerlendirmek doğru olacaktır. Meclis müzakerelerinde de 14. Madde değişikliklerine ilişkin dile getirilen, bu değişikliğin 13. Madde ve başlangıç hükümlerindeki değişikliklerle aynı yönde yapıldığı, burada düşünce özgürlüğünün değil eylemin sınırlanmasının söz konusu olduğu, 14. Maddenin ilk şekliyle amacı aşan gereksiz unsurlarla şişirilmiş olduğu ve uygulamada yeni bir sınırlama boyutu oluşturduğu, başlangıç hükümleri ve 13. Madde ile beraber üçlü bir sınırlama çemberi getirdiği, yapılan değişiklikle de bu öngörülen yasakçı genel çerçeveden ayrılarak amaca uygun biçimde sadeleştirildiği, şeklindeki görüşler bu değerlendirmeyi doğru kılacaktır.²⁶³

²⁶² Tanör, a.g.e. s. 145

²⁶³ M. Sağlam, a.g.m.

BÖLÜM III

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA ANAYASAL ÖLÇÜTLER

3.1. SINIRLAMANIN KANUNLA YAPILMASI

3.1.1. Genel Olarak Yasallık İlkesi

1982 Anayasasının 2001 değişikliğinden sonra 13. Maddesinin 1. Fıkrasında ; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” denmekle temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Kanun ile sınırlama Türk Anayasalarında 1924 Anayasasından bu yana uygulanan bir ölçüttür. Bilindiği gibi 1924 Anayasasında temel hak ve özgürlükler için yalnızca kanunla sınırlanabileceği kuralına yer verilmişti. Ayrıca bunun dışında özgürlüklerin sınırlanmasını sınırlayan bir ölçüt belirtmemiştir. 1961 Anayasasında ise 11. Maddede “..ancak kanunla sınırlanabilir.” İbaresini yer almıştır. 1982 Anayasasının ilk şeklinde yine “...kanunla sınırlanabilir.” İfadesi geçmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken 1961 Anayasasında yer alan “ancak” sözcüğünün 1982 Anayasasında yer almamış olmasıdır. 2001 değişiklikleri ile 13. Maddeye yine 1961 Anayasasında olduğu gibi, “ancak” nitelemesi eklenmiştir. 1971 değişiklikleri bu hükmü etkilememiştir. 1982 Anayasasında 2001 değişikliğine kadar bu sözcüğün bulunmayışı ve bunun ifade ettiği

kesinliğin olmayışı, KHK'lerin olağan ve olağanüstü yönetimler altındaki rolüyle alakalıdır.²⁶⁴

Sınırsız hürriyetin toplum içinde olmayacağı bu nedenle sınırlamanın zorunlu olduğu bir gerçektir. Bu genel kuraldan sonra, sınırlamanın kim tarafından yapılacağı, yapılması gerektiği sorunu gündeme gelmektedir. Demokratik toplumlarda ve hukuk devletlerinde öteden beri kabul edilmiş olan ve uygulamalarla yerleşmiş olan temel kurala göre; hürriyetlerin sınırlanması yasama organı tarafından, ancak kanunla yapılmalıdır.²⁶⁵

Yasallık ilkesi fertler için hem organik hem de şekli bakımdan önemli bir güvence teşkil etmektedir. Parlamento siyasal iktidarın kaynağı olan halkın temsilcisi olduğuna göre, normal olarak düzenleme yetkisine de sahip olacak olan en uygun organdır. Ancak parlamentonun bu düzenleme yetkisinin kanun koyuculara olağan üstü nitelikler yüklediği, ahlaken veya hukuken üstün oldukları anlamında anlaşılmaması gerekir.²⁶⁶ 18.yüzyılda geliştirilen kuramlarda yasa “kutsallaştırılmaktadır.” Bunun en ileri örneklerini Montesquieu ve Rousseau’nun görüşlerinde görmek mümkündür.²⁶⁷ Kanun koyucuya, parlamentoya Rousseau’cu bir yaklaşımla değerlendirerek onu “genel iradenin ifadesi” olarak kabul etmek ve bundan ötürü onu yanılmaz bir değer atfetmek sakıncalı bir yaklaşım olabilir. Çünkü kanunun yanılmazlığını ileri sürmek, onu yapan parlamento çoğunluğunun yanılmazlığını ileri sürmek demektir ki bu hukuk devleti ile bağdaşmayan bir yaklaşımı benimsemek olacaktır.²⁶⁸

Temel hak ve hürriyetlerin ancak yasa ile sınırlanabilmesinin, realist açıdan sağladığı iki güvence vardır. Birincisi, yasa parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle hazırlanır. Bu nedenle hürriyetlerin bu düzenlenmesi işlemi açık bir forumda yani doğrudan kamuoyunun gözetimi altında yapılması demektir. Diğer güvence ise kanun herkes için genel nitelikli kurallar koymaktadır. Bu konulan genel

²⁶⁴ **Tanör**, a.g.e. s. 146,147

²⁶⁵ **Kapani**, a.g.e. s. 230

²⁶⁶ **Kapani**, a.g.e. s. 231

²⁶⁷ **Kaboğlu**, a.g.e. s. 156

²⁶⁸ **Kapani**, a.g.e. s. 231

kanunlar vasıtasıyla yapılan sınırlamanın objektifliği sağlanmış olur. Bu sınırlamaların ancak belirli kişileri ya da grupları hedef alması önlenmiş olur. Ancak bu ikinci güvencenin var olabilmesi veya etkinliğinin sağlanması ezici bir çoğunluğun hâkim olduğu parlamentolarda garanti edilmesi zor görünmektedir.²⁶⁹

İnsan hakları konusunda düzenlenmiş uluslar arası bildirgeler ve sözleşmelerde bu kuralı barındırmaktadırlar. Örneğin 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, hürriyeti tarif ettikten sonra hürriyetin hangi maksatlarla sınırlanabileceğini ve “bu sınırların ancak kanunla tayin edilebileceğini” belirtmiştir. BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (md 29)²⁷⁰, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 12.13.15.16 v.d.m.) ve AİHS (md. 8.9.10.11) hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde yasallık ilkesini tanımış ve düzenlemişlerdir.

Bu uluslar arası belgelerden AİHS şüphesiz Türk Anayasal sistemi açısından daha önemlidir. AİHS’ de yasallık ilkesinin düzenlenmesi ve yorumlanmasının bilinmesi faydalı olacaktır. Buna göre sözleşmeye üye devletler, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri yasa ile sınırlar getirebilirler. Üye devletlerin yürütme organları tarafından çıkarılan birel-özel işlemlerle sınırlama yapılamaz.²⁷¹

AİHS sınırlamanın “yasa” ile yapılmasının gerektiğini söylemekle yasallık ilkesini benimsemiştir. Ancak yasanın hukuki niteliğini açıklamamıştır. Yani yasa sözcüğünden kastedilenin, maddi anlamda veya şekli anlamda bir yasa olduğuna dair bir açıklama getirilmemiştir. Ancak diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yasallık ilkesini maddi anlamda bir yasa olması gerektiğine ilişkin yorumlar getirmiştir. Dolayısıyla yasanın mutlaka yasama organının tasarrufu olması gerekmemektedir. Yani şekli anlamda yasa kastedilmemektedir yorumu getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ise yasa kavramının illa yazılı bir kural

²⁶⁹ A.g.e. s. 231

²⁷⁰ Ayrıca BM’in diğer sözleşmeleri; BM Uluslar arası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (md. 4), BM Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (md. 12, 18, 18), madde metinleri için; **Gemalmaz**, a.g.e. s. 233-246

²⁷¹ **Süheyl Batum**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul: İÜHF Yay., 1993 s. 264

olmasının gerekmediği, örf ve adet hukuku gibi yazılı olmayan kurallarında yasa kapsamında olması gerektiği belirtilmiştir.²⁷²

1961 ve 1982 Anayasalarında yasa ile maddi mi yoksa şekli anlamda yasanın kastedildiği tartışmalıdır. Bu konuda doktrin ile Anayasa Mahkemesinin ittifak ettiği söylenemez. Genel olarak 1961 Anayasası döneminde doktrinde yaygın olan görüşe göre, şekli yasa anlayışı kabul edilmiştir. Anayasa mahkemesi ise hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası dönemlerinde yasa kavramının maddi yasa anlayışını yansıttığını²⁷³ yani içeriği ön plana aldığını söylemek mümkündür.²⁷⁴

1961 Anayasası döneminde hukuk doktrininde Anayasa Mahkemesinin maddi anlamda yasa yorumuna karşılık, yasa teriminden şekli anlamda yasanın anlaşılması gerektiği yönünde görüş çoğunluktadır. Bu yorumun yapılmasında etkili olan düşünce Anayasada yasadaki maddi anlamda yasa anlaşılması yönünde hiçbir hükmün olmamasıdır. Bu nedenle yasa teriminden şekli anlamıyla yani yasama organının belirli usullere göre yasa adı altında yaptıkları düzenleme anlaşılmalıdır.²⁷⁵

1961 Anayasasında olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin kararları karşısında 1982 Anayasasında 13. Madde yer alan yasallık ilkesi yani özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesinde kanun teriminden anlaşılması gerekenin şekli anlamda kanun olduğu yönünde görüşler fazladır. Bu yönde şekli anlamda yasama kanunu olup olmadığını anlamak için Anayasanın her bir “bireysel hak ve özgürlük” için kullandığı ifadelerle bakmak gerekmektedir. Anayasada görülen “kanunun açıkça gösterdiği

²⁷² A.g.e. s. 264,265, sözleşmenin “yasallık ilkesinin” yazılı olmayan hukuk kurallarında kapsadığına ilişkin Mahkeme kararlarına örnek olarak; “Sunday Times” ve “Dudgeor” kararlarını gösterebiliriz.

²⁷³ AYMK, 11.10.1963, E.1963/124, k.1963/243 Mahkeme bu kararında yasa ile maddi anlamda yasa anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Kararın bir bölümünde; 6195 sayılı kanun bu hükümlerle karşılaştırılarak incelendiği zaman bu kanunun kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, mücerret şahsi olmayan, genel hukuk kuralları koymadığı, aksine olarak yayımlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldıran Özel bir müsadere hükmü koyduğu ve Cumhuriyet Halk Partisini bir takım suçlamalarla mal ve mülkünden keyfi olarak yoksun etmek amacını taşıdığı açıkça görülmektedir. Bu tutum hukukun ana prensipleri ve Anayasa hükümleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan keyfi bir tasarruftur.” 1982 Anayasası döneminde de aynı yönde kararları görmek mümkündür. AYMK, 24.9.1990, E.1990/31, K.1990/24 bir paragrafta; “Bilindiği gibi, yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler.”

²⁷⁴ Özbudun, a.g.e. s. 188

²⁷⁵ Özbudun, a.g.e. s. 190

hallerde”, “kanunla gösterilen”, “kanunla” veya “kanunla düzenlenen” gibi değişik ifadeler olsa da gerek özgürlüğün içeriğini belirleme genel yetkisinin, gerekse hak ve özgürlüğü kısıtlama yetkisinin “şekli anlamda kanunla” düzenleme zorunluluğu anlaşılabacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlığında (md. 13) öngörülen hükümlerin okunuşu şekli kanun görüşünü yansıtır. Hak ve özgürlüklere sınırlama açısından bu bakış siyasal iktidarlara güvensizlikten kaynaklandığı söylenebilir. Anayasa hukuk devleti ilkesi gereğince, “idarenin hukuka bağlılığı” ilkesinden çıkarak, içerik ve kapsamı belirleme ve kısıtlama yetkisini, idarenin takdirine değil, yasama organına bırakır.²⁷⁶

1982 Anayasasında sınırlamanın sadece şekli anlamıyla yasa ile olması yeterli görülmemiştir. Bunun yanında yasanın içeriğinin de bazı özellikleri ihtiva etmesi gerekmektedir. Bunlardan birisi, yasa ile yapılacak olan sınırlamanın düzenleyici işlemler açısından yeterli biçimde somut olmasıdır. Bu şekilde düzenleyici işlemin, yasadaki öngörülen nedenler dışında başka bir sınırlama nedeni getirmesi engellenmiş olur. Diğer bir gereklilik ise temel hak ve özgürlüklerin tek olarak sınırlandırılmasında, yasa ile öngörülen hükümler farklı bir şekilde anlaşılmaya cevaz vermeyecek şekilde kesin ve açık ifadeler olması gerekliliğidir.²⁷⁷

3.1.2. Sınırlama Hükümlerinin Açık ve Kesin Olması

Yasallık ilkesinin bir güvence olabilmesi için yasadaki sınırlama hükümlerinin Anayasadakilere oranla daha keskin ve somut olmalarına bağlıdır. Anayasa mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki kararlarında yasaların genel ve soyut tekrarlarla yetinmesini uygun bulmamış, açıklık ve kesinlik ifade eden hükümlerin varlığını aramıştır.²⁷⁸

²⁷⁶ Memiş, a.g.e. s. 241

²⁷⁷ Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İÜHF Yay. 1972, s.

33

²⁷⁸ Tanör, a.g.e. s. 147

Anayasa mahkemesinin 1750 Sayılı Üniversiteler Kanunun iptali gerekçesiyle açıkladığı kararında;²⁷⁹ "...milliyetçilik" tek başına, yani soyut olarak ele alındığında veya bir yasada böylece kullanıldığında, içeriğiyle kapsamı ve sınırı, çeşitli düşünce ve benimsemelere göre değişik biçim ve ölçülerle gösterilebilen ve başka yönler çekilmesi olasılık ve olanağı bulunan çok geniş bir deyim ve kavram olmaktadır." Demekle, yasada kullanılan deyimlerin somut hüküm ifade etmesini ve kesin olmasını, keyfi değerlendirmelere yol açabilecek bir şekilde genel ifadeler olmaması gerektiğini belirtmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, kanuna konulacak, farklı biçimlerde algılanabilecek, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkileyebilecek, yürütmeye keyfi uygulamalara yol açabilecek yetkiler veren hükümlerin yasalarda yer alamayacağını, bu şekildeki açık bir biçimde olmayan ve kesinlik ifade etmeyen uygulamaların yasa ile sınırlanmış niteliğinde olamayacağını belirtmiştir.²⁸⁰

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde verdiği, düzenlemenin soyut nitelikte olamamasının, açık ve kesin bir ifade şeklinde belirtilmesinin gerekliliğini sürekli beyan ettiği kararlarına karşılık, Milli Güvenlik Konseyi yasalarında(1980-83) çoğu kez bu kurallara uyulmadığı görülmektedir. Ve bu dönemde çıkarılan kanunların aynı Anayasadaki gibi soyut ve genel ifadelerin yinelenmesiyle yetinildiği söylenebilir. Örneğin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (1983), toplantıların ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması ve ertelenmesi

²⁷⁹ AYMK, 3.12.1975, E.1973/38, K.1975/23

²⁸⁰ AYMK,8.5.1977, E.1976/54, K.1977/8 bahsi geçen kararda Anayasa Mahkemesi; Avukatlık Yasasının yukarıda açıklanan kurallarına göre baroya yazılacak avukatların giriş ve yıllık kesenek ödemeleri zorunlu bulunduğu ve bu durumun da Anayasa'nın 61. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesi içine giren, bir tür malî yüküm niteliğinde olduğu kuskusuzdur. Anayasa'nın söz konusu 61. maddesinin ikinci fıkrası kuralına göre, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak yasa ile konulur. Böylece Anayasa, her türlü malî yükümün yasa ile konması gerekeceği kuralını düzenlerken güttüğü amaç, keyfi ve sınırsız ölçülere dayalı bir uygulamaya yer verilmemesi ilkesinin korunmasıdır. Bir yasanın malî bir yükümün, yalnızca konusunu belli ederek ilgililere yükletilmesine izin vermesi, o malî yükümün yasa ile konulduğunu kabul etmek için geçerli bir neden sayılamaz. Mali yükümlerin, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil yöntemleri, yaptırımları, zaman aşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bütün bu yönleri ile bir malî yüküm yasada açık bir biçimde ve yeterince belirlenmemiş ise bu durum kişilerin toplumsal ve ekonomik güçlerini ve hatta temel haklarını olumsuz yönde etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilir. Bu nedenlerdir ki kişilere yüklenecek yükümlerin belli başlı öğelerinin, açık bir biçimde ve kesin çizgileriyle yasalarda gösterilmiş olması gerekir."

konusunda aynen Anayasa hükümlerini (md. 13) tekrarlamıştır. Daha sonra bu kavramlar Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte de(1985) aynen yer almıştır.²⁸¹

Anayasa mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki tavrını sürdürüp genel ve soyut ifadelerin kanunlarda yer almasını veya açıklık ifade etmekten uzak hükümlerin yinelenmesini Anayasaya aykırı görmemiş ve böylece yasama organının yetkilerini “fiilen” yürütme organına aktarılmasına cevaz vermiş bulunmaktadır.²⁸² 1982 Anayasasının hazırlanışı döneminde çıkarılan yasalarda verilen cevazlar, Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde de bazı kararlarına yansımıştır. Bu kararlardan birine göre Mahkeme açıklık ifade etmeyen düzenlemeyi saptamış ancak üzerinde durmaya fazla gerek duymamıştır.²⁸³ Yine başka bir karara göre MGK dönemindeki gibi Anayasadaki genel ifadelerin yasaya aktarılmasını iptal sebebi görmemiştir.²⁸⁴

²⁸¹ Tanör, a.g.e. s. 147

²⁸² Gös. Yer.

²⁸³ AYMK, 1.3.1985, E.1984/12, K.1985/6; “Valilerin, seçilmiş baro organlarını geçici olarak görevden uzaklaştırmaları salt görünümü itibarıyla, kendine özgü bir güvenlik önlemi niteliğindedir. Geniş kapsamlı ve bir bakıma da oldukça soyut esasları içeren, Anayasanın 135. maddesinin yedinci fıkrası hükmünün, bir kısım yönlerine açıklık getirilmeden, en azından söz konusu önlemin koşulları belirlenmeden Avukatlık Kanununun 77. maddesine aynen aktarılmış olması, objektif bir uygulamayı önleyici ve düzenlemenin amacına ulaşmasını engelleyici bir nitelik arz etmektedir. Ne var ki soyut norm denetiminin sınırlarını taştan bu yönler üzerinde daha fazla durulmasına gerek görülmemiştir.”

²⁸⁴ AYMK, 26.11.1986, E.1985/8, K. 1986/27 belirtilen kararda Anayasa Mahkemesi Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununda yapılan değişiklikte yer alan, Anayasadaki genel ifadelerin tekrarlarını Anayasaya aykırı görmemiştir. Kararda şunları belirtmiştir: “Bahis konusu hükmün anlam ve amacı, ifade ve içeriğinden de açıkça anlaşılmaktadır. Farklı yorumların neden olacağı ters uygulamaların ise Anayasaya uygunluk denetimi yönünden önem taşımaması gerekir. Temel hak ve hürriyetlerin; kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacıyla Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngören Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 13. maddesi karşısında, bu hükmün, ifadesi, içeriği, anlam ve amacı itibarıyla Anayasal ilke ve kurallarla uyum içinde bulunmadığı söylenemez. ” Bu gerekçeye karşılık ayrıca, Karşı Oy Yazısında şunlar belirtilmiştir; “Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili Anayasanın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle kısıtlanabileceği konusunda genel kavramlar vermekle yetinmiştir. Bu genel kavramların, uygulama alanına geçirilmesi, çıkarılacak yasalara bu kavramlara uygun somut düzenlemeler getirilmesine bağlıdır, “millî güvenlik”, “genel ahlâk”, “kamu yararı” gibi genel kavramların, açıklık getirilmeden aynen Anayasadan aktarılması yoluyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, uygulamaya çok geniş takdir alanı bırakır, keyfi uygulamalara yol açabilir. Bu anlayış, Anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin esas, sınırlamaların istisna olması ilkesiyle bağdaşmaz ve sınırlandırmaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasa ile yapılması gerektiği ilkesine uygun düşmez (M. 13/1). Nitekim Anayasa Mahkemesinin 25.4.1974 günlü, K. 1974/12 sayılı kararında bu husus, “millî güvenlik” ve “kamu

3.1.3. Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri ve Yasallık İlkesi

Yukarıda değinildiği gibi demokratik hukuk devletlerinde 18. Yüzyıldan bu yana benimsenen ve Türk Anayasalarında da yer bulan yasallık ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin ancak halkın temsilcisi olan yasama organını tarafından çıkarılacak olan kanunlarla sınırlanabilmesini öngörmektedir. Bu ilkedен çıkarılabilecek anlam, temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın yalnızca yasama organının tasarrufunda ve ona özgü olması, yasama organının dışındaki her hangi bir organın bu konuda yetkisinin olmamasıdır. Burada asıl değinilmek istenen yürütme organının düzenleyici işlemleri ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanamamasıdır.²⁸⁵

Hürriyetlerin yalnızca yasalarla sınırlanabilmesi kuralı demokratik devletler için idealdir. Ancak şu kadar var ki sınırlamaların ancak yasa ile yapılabileceği kuralı her zaman sanıldığı kadar kolay uygulanabilecek bir ilke değildir. Çünkü demokratik hukuk devletlerinde, modern devlet ve toplum hayatının gittikçe daha karmaşık ve daha teknik bir nitelik alması ayrıca sosyal şartların hızla değişmekte olması, yasama organının herhangi bir konuyu düzenlerken bütün ihtimalleri önceden görebilmesini ve ayrıntılı olarak tespit edebilmesini olanaksız hale getirmiştir. Çağdaş devletlerde bütün alanlardaki düzenlemelerin yasa ile yapılmasının olanaksızlığı ister istemez düzenleyici bazı işlemlerde bulunmalarının gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu düzenlemeler genelde ikinci derecede kalan daha önceden yasaların açıkça ortaya koyduğu belirli çerçeveler içinde ve özellikle teknik nitelikler taşıyan yürütme organına verilen tüzük vs. gibi yollardır. Kuşkusuz yürütme organına verilen ayrıntılarla ilgili düzenleme yapabilmesi yetkisi bir kanuna dayanmak ve tamamen kanun tarafından belirlenmiş esaslar dâhilinde olması gerekmektedir. Bu şekilde zamanın sosyal gerçekleri karşısında, hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi kuralını çok dar ve katı bir şekilde yorumlamak ve bunu kanunun verdiği yetki ve çizdiği çerçeve içinde kalmak şartıyla (yasama delegasyonu yoluyla) gerektiğinde tüzük veya KHK ile yapılmasına imkân verecek bir genişlikte anlamak gerekir. Bu

düzeni” uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır.” (AMKD. Sayı 12, Say : 152) biçiminde ifade edilmiştir.”

²⁸⁵ Memiş, a.g.e. s. 242, Gözübüyük, a.g.e. s. 170

nokta anayasa hukukuyla idare hukukunun en çetin konularından birisidir. Bir Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle, tüzükle ya da yönetmelikle yasaların öngörmediği bir sınırlama getirilmişse, idarece hazırlanan bu metinler ayrıntılarla yetinmeyip aslında yasayla düzenlenecek kadar önemli bir özgürlük sınırlamasına kalkışmışsa, sınırlamanın yargı denetimi yapan idare mahkemeleri ve Danıştay’ca iptali gerekecektir.²⁸⁶

Yürütme işlemleri ile yasanın koyduğu çerçeve içinde düzenlemeler yapılabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi yasanın çizdiği sınırlar için biçime ve usule ilişkin, kullanımla ilgili biçimsel düzenlemelerdir. 1982 Anayasası bunlara iki önemli istisna getirmiştir. Birisi, olağanüstü ve sıkıyönetim usulleri ile ilgilidir. Anayasanın 15, 121,122, maddelerinde düzenlenen olağanüstü yönetim usullerinde KHK’ler ile temel hak ve özgürlükleri sınırlama yapılabilmesidir. Bu konu üzerinde durulmayacaktır. Diğer istisna ise olağan dönemlerle alakalıdır.²⁸⁷ 1982 Anayasasının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisini Verme başlık 91. Maddesinin birinci fıkrasına göre;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”

Madde de KHK ile temel haklar, kişi hakları ve ödevleri, siyasal haklar ve ödevlerin sınırlanmayacağı vurgulanmıştır. Ancak anayasada yer alan sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin (md. 41-65) KHK ile düzenlenmesinin yasaklandığı hükmü yoktur. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik haklar KHK ile düzenlenebilecektir.²⁸⁸ Örneğin kamulaştırma veya sosyal güvenlik hakkının düzenlenmesinde KHK yoluna gitmek Anayasanın 91. Maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir.²⁸⁹

²⁸⁶ **Kapani**, a.g.e.s. 232, **Soysal**, 100 soruda., s. 197

²⁸⁷ **Tanör**, a.g.e. s. 146

²⁸⁸ **Memiş**, a.g.e. s. 242

²⁸⁹ **Soysal**, a.g.e. s. 338

Anayasanın 91. Maddesinden ekonomik ve sosyal hak ve ödevlerin hepsinin KHK ile düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır. Maddenin kapsamına aldığı sosyal hak ve özgürlüklerin bazıları devlete yüklenen ödev niteliğinde bazıları ise diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, devletin müdahale etmemesi ve engel olmaması borcudur. Buna örnek olarak çalışma ve sözleşme özgürlüğü, sendikal haklar, grev gibi hakları gösterebiliriz. Ödev niteliğinde olan yani devlete somut edimlerde bulunma ödevleri yükleyen haklara örnek olarak ise, iş sağlama, konut, sağlık, eğitim hizmetleri götürme gibi hak ve özgürlüklerini söyleyebiliriz. Bu durumda devlete ödev yükleyen hakları KHK’ler ile düzenleyebilir. Fakat Devletin karışmama, engel olmama borcu altında olduğu hak ve özgürlükleri düzenlememelidir. Çünkü bunlar devlete somut ödevler yüklememektedir. Ayrıca 91. Maddenin birinci fıkrasında yer alan “düzenleme” kavramı “sınırlama” kavramıyla eş anlamlı olarak kullanmıştır. Ne var ki düzenleme sözcüğü sınırlama sözcüğünden daha kapsamlıdır. Bu hükümde ise bu ayırıma dikkat edilmemesi hatalı görülmüştür.²⁹⁰

3.2.NEDENE BAĞLILIK İLKESİ

3.2.1. Genel Olarak

Mutlak hürriyetin olamayacağı ve sınırlamanın zorunlu olduğu teorik olarak demokratik hukuk devletlerinde zorunlu kabul edilen bir prensiptir. Ancak hürriyetlerin sınırlamasını kimin yapacağını, hangi organını yetkili olduğu, konusunda olduğu gibi, bu ilkenin pratikte bir anlamı olması, çözülmesi ve bir sisteme bağlanabilmesi güç problemleri beraberinde getirmektedir. Yukarıda, işlendiği gibi sınırlama yetkisinin demokratik toplumlarda üzerinde ittifak edilen görüşe göre yasama organında olması bu problemlerin önemli bir kısmını halletmiş gözükmemektedir. Ancak tek başına yasallık ilkesini kabul etmiş olmak problemlerin halledilmesi anlamına gelmemektedir. Sınırlamanın halkın temsilcisi kabul edilen

²⁹⁰ Tanör, a.g.e. s. 146, Memiş, a.g.e. s. 242

yasama organına bırakılmasının sebebi yürütme organının sınırsız yetkisinin özgürlükler için tehdit oluşturduğu inancıdır. Fakat halkın temsilcisi addedilen kanun koyucunun kendisi bu güveni haklı çıkarmaz da hürriyetleri düzenleme yetkisini onları yoğun bir şekilde kısıtlama yolunda kullanır ve hürriyetleri işlemez hale getirirse teorideki sınırlamayı pratiğe dökmek yönünden yine bir problemle karşılaşılacaktır.²⁹¹

Yine işaret edilen problemin çözümü teoride az çok mevcuttur. Bir kere temel esas kabul edilen anlayışa göre, özgürlük asıl sınırlama istisnadır. Normal şartlarda hür bir topluma hukuk tarafından yasaklanmayan her şeyin yapılması serbesttir. Bu sistemin totaliter rejimlerde olduğu gibi açıkça yasaklanmayan her şeyin yasak olması olarak tersi bir sonuca ulaşılacak olursa özgürlüklerden söz etmenin doğru olmayacağı şüphe götürmezdir. Bu noktada ilk kuralın uygulanmasında dikkat edilmesi gereken “istisnalara” fazlaca yer verip kuralı işlemez hale getirilmemesidir.²⁹²

Başka bir ölçüde hürriyetlerin sınırlanmasındaki amaçtır. Sınırlamanın amacından kastedilen toplumsal hayatta sınırlamayı kaçınılmaz hale getiren sebeplerdir. Buradan anlaşılması gereken, genel bir ifadeyle hürriyetin, ancak toplum hayatının bozulmamasını sağlamak, gelişen ve değişen koşullarda hürriyetin işlerliğini tazelemek ve bir de kendisinden herkesin yararlanabilmesini mümkün kılmak amacıyla sınırlanabilmesidir. Bu amacı aşan sınırlamaların ne toplum düzeni nede hürriyetle alakası olmayan sınırlamalar meşru sayılmazlar. Sorunu teorik alanda bir çözüme kavuşturan bu rasyonel prensiplerin pozitif hukuka aktarılması asıl güçlüğü oluşturmaktadır. Bu konuda ölçülü davranmak açısından anayasa tekniklerinin gelişme gösterdiği söylenebilir. Fakat tam manasıyla tatmin edici bir çözümün bulunmuş olduğu söylenemez.²⁹³

Bu konuda uygulamada bazı anayasalarında benimsemiş olduğu bir sistem olarak, bir temel veya hürriyetin prensibini ilan etmek ardından da bu hakkın kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde veya sadece kanunla sınırlanabileceğini belirtmek şeklindedir. Bu şekilde düzenlenen bir hüküm tabii olarak yasa koyucuya sınırsız bir

²⁹¹ **Kapani**, a.g.e. s. 230,232

²⁹² A.g.e. s. 233

²⁹³ A.g.e. s. 233

yetki verdiği muhakkaktır. Bu hükümle yukarıda açıklanmaya çalışılan soruna çözüm bulunduğu söylenemez çünkü bu şekilde kanun koyucunun tasarrufunu kayıtlayan herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Böylece kanun koyucuya hürriyetin genişliğini veya darlığını belirleme konusunda açık senet verilmiş olacaktır.²⁹⁴ Bu sisteme örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1958 Fransız Cumhuriyeti Anayasası ve 1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları verilebilir. Gerçekten bu anayasalarda temel hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle sınırlandırabileceği hakkında açıklamalar bulunmamaktadır. Bu anayasalarda hak ve özgürlüklerden bazılarının düzenlendiği maddelerde sınırlamadan hiç bahsedilmemiş, bazılarında ise sadece sınırlamanın kanun tarafından yapılacağı belirtilerek basit yasa kayıtları öngörülmüştür.²⁹⁵

Bazı anayasalarda ise temel hak ve hürriyetlerin sadece kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanılacağını söylemekle yetinmeyerek, kanun koyucunun yetkilerini sınırlandıracak bazı kıstasları ortaya çıkarmışlardır. Bunlar kişilere anayasa ile tanınan bir hürriyetin yerine ve mahiyetine göre ancak "kamu düzeni", "milli güvenlik", "genel ahlak", "kamu yararı", "genel sağlık" vs. gibi sebeplerle sınırlandırabileceğini belirtilmektedirler. Ancak bu kavramlar sağa sola çekilip genişletilmesi elverişli olduğundan yasama organına hürriyetleri ölçülü bir şekilde düzenlemesi için bir kıstas sayılmazlar. Örneğin kamu yararı veya kamu düzeni kavramlarının içine girecek unsurların kesin olarak belirlenmesine imkân yoktur.²⁹⁶

Bu şekilde kanun koyucunun hak ve özgürlükleri sınırlarken bir nedene dayanmasını yani nedensellik ilkesini daha ayrıntılı bir biçimde düzenleyen anayasalara örnek olarak Federal Alman Anayasası ve İtalya Anayasasını gösterebiliriz. Örneğin Federal Alman Anayasasında hak ve özgürlüklerden bazılarının sınırlandırılması için yasama organına herhangi bir yetki tanınmamış, bazı hak ve özgürlüklerin ancak belirli nedenlerle sınırlandıracağı belirtilmiş yine bazıları için hiçbir sınırlama nedeni gösterilmeden yasama organına yetki tanınmakla kademeli bir sistem

²⁹⁴ A.g.e. s. 234

²⁹⁵ **Uygun**, a.g.e. s. 115

²⁹⁶ **Kapani**, a.g.e. s. 234

kabul edilmiştir. İtalyan anayasasında da hak ve özgürlüklerin tümüne şamil sınırlama sebepleri yer almamış ancak sınırlama yetkisi derecelendirilmiştir.²⁹⁷

3.2.2. Kademeli Sınırlama Sistemi ve 1961 Anayasasında Nedene Bağlılık İlkesi

18. yüzyıl düşüncesi ve tabii hukuk doktrinin etkilerinin yoğun bir biçimde görüldüğü 1924 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla düzenleneceği belirtilmiş ve kanun koyucuya sınırsız yetkiler sağlanmıştır. 1961 Anayasası Federal Alman ve İtalyan Anayasalarında olduğu gibi²⁹⁸ temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi konusunun üzerinde yoğun biçimde durmuş, özgürlüklerin sınırlanmasında yaşanabilecek keyfiliklerin önüne geçilebilmesine yönelik sisteme kavuşturmaya çalışmış bu şekilde 1924 Anayasasına karşılık olarak hazırlanmıştır.

1961 Anayasası, her temel hak ve hürriyetin hangi nedenlere dayanılarak sınırlanabileceğini, o hürriyete ait maddede belirtmiş, fakat temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının düzenlendiği 11. Maddenin 2. Fıkrasında; “Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” Hükmüne yer verilmiştir.²⁹⁹ Bu şekilde 1961 Anayasası bazı özgürlüklerin hiç sınırlanamaması, bazılarının ilgili maddesindeki nedenlerle sınırlanabilmesi, bazılarının ise yasa ile sınırlanabilmesi hasebiyle kademeli sınırlama sistemini kabul etmiş görünmektedir.³⁰⁰

Temel hakları sınırlandıran bu madde üzerindeki tartışmalar birbirine zıt iki görüşte toplanmıştır. Bir görüşe göre 11’inci maddenin 2. fıkrası, anayasadaki tüm hak ve özgürlükler için bir “genel sınırlama” maddesidir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan kavramlar, herhangi bir özgürlüğün, sınırlanmasında geçerli olan genel nedenlerdir. İkinci bir görüşe göre de; 11’inci maddenin amacı, kanun koyucunun, özgürlükleri belli nedenlerle sınırlaması söz konusu olduğunda, bu sınırlamaların da bir sınırı olduğunu göstermektir. Yoksa sözü geçen maddedeki düzenleme ile özgürlüklerin genel yada özel olarak hangi hallerde sınırlanabileceğine ilişkin bir

²⁹⁷ Uygun, a.g.e. s. 116

²⁹⁸ A.g.e. s. 115

²⁹⁹ Özbudun, a.g.e. s. 76

³⁰⁰ Fendoğlu, a.g.m.

hüküm oluşturma amacı güdülmemiştir. Bir hakkın veya özgürlüğün sınırlanabilmesi için, o hak ve özgürlükle ilgili madde de sınırlamadan söz edilmiş olması gerekir. Kısaca 11'inci madde, genel bir sınırlama hükmü olmayıp, her özgürlük için konulan özel sınırlar hakkında genel hükümdür.³⁰¹ Tartışmalara 1971 Değişiklikleri ile son vermek isteyen yasa koyucu 11. Maddeyi genişleterek ilk bölüme; “Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.” Hükmünü eklemiştir. Ancak 11. Maddenin yeni hali dahi tartışmalara son vermemiş aksine durum iyice sorun halini almıştır. 1961 Anayasasının 11. Maddesiyle ilgili bu farklı düşünceler yukarıdaki bölümde belirtilmiştir.³⁰²

Bir önceki bölümde yer verilen tartışmaların eksen problemi, 11. Maddenin içinde yer alan “milli güvenlik, kamu düzeni, vd.” gibi terimlerin genel sınırlama kuralı teşkil edip etmediğidir. Oysa bu soruyu ele alanların kastettiği şey, 11/1 maddenin Anayasanın diğer sınırlama hükümleriyle birlikte uygulanıp uygulanmayacağı, bütün hak ve özgürlüklerin 11. Maddede sayılan sebeplere dayanılarak sınırlanıp sınırlanamayacağıdır. Yani teknik terimle 11/1 madde bütün hak ve özgürlüklere “kümülatif” olarak uygulanması sorunu asıl problemi oluşturmaktadır. Bu nedenle bu soruyu “genel sınırlama” kavramıyla özdeşleştirmek, genel hukuk kaideleriyle bağdaşmamaktadır.³⁰³

Bir hükmün genel olması onun kapsamına giren her kuralda kümülatif olarak uygulanmasını gerektirmez. Aksine özel-genel ilişkisinin bulunduğu hallerde özel kuralın genel kuralın yerini alması genel hukuk öğretisinin temel bir ilkesidir. Bu ayırımın göz önüne alınmamasıyla tartışmalar “kümülatif” uygulamanın dar boyutları içine sıkışmış ve önerilen çözümlerde yetersiz kalmıştır. Buna göre 11/1 madde ya bütün temel hakların sınırlanmasında doğrudan doğruya ve diğer sınırlama

³⁰¹ **Tanilli**, a.g.e. s. 193,194

³⁰² Çalışmanın 2. Bölümünün 2. Kısımında 1961 Anayasasının temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili tartışmalar ele alınmıştır.

³⁰³ **F. Sağlam**, *Temel Hakların...*, s. 91,92

hükümleriyle bir arada uygulanacaktır, ya da doğrudan doğruya bir uygulama alanı olmayan, sınırlama koşullarına ilişkin bazı ilkeleri tekrarlamak dışında bir fonksiyonu bulunmayan bir hüküm niteliğinde sayılacaktır. İşte bu çıkmazın aşılabilmesi özel-genel ilişkisini incelemek ve genel sınırlama kavramını gerçek anlamına oturtmakla mümkün olacaktır.³⁰⁴

Genel hukuk öğretisine göre iki hukuk normu arasında genel-özel ilişkisi olabilmesi için, özel normun uygulama alanının genel norm tarından kapsanması, başka bir deyişle, özel normun düzenlediği bütün hallerin, aynı zamanda genel normun düzenlediği haller arasında yer alması gerekir. Eğer özel normun kapsadığı alan genel normun kapsadığı alanı da kendinde topladıktan sonra kendinde ek bir özellik daha bulunuyorsa, bu iki norm arasında özel – genel ilişkisi kurulmuş demektir. Bu durumda özel norm genel normun yerini alır. Başka deyişle genel normun uygulama alanı özel norm tarafından daraltılmış olur.³⁰⁵

Türk hukukunda özel normun önceliği ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından temel haklar bazında yer yer uygulanmıştır.³⁰⁶ Anayasa hukuku açısından temel

³⁰⁴ A.g.e. s. 92

³⁰⁵ A.g.e. s. 97

³⁰⁶ AYMK, 12.1.1971, E. 1969/31, K. 1971/3; Herhangi bir yasa metninde konulan bir ilkenin, o ilkenin düzenlediği madde içinde, ya da o yasanın yahut başka bir yasanın herhangi bir maddesiyle sınırlandırılması hukuk tekniğince olabilir. Buna göre Anayasa'nın bir maddesinde tanınan herhangi bir hakkın, Anayasa'nın başka bir maddesiyle sınırlandırılmasına engel yoktur; nitekim Anayasa'nın 21. maddesindeki öğretim kurumları kurma özgürlüğüne Anayasa'nın 120. maddesiyle bir ayrık durum getirilmiş bulunmaktadır; yukarıda belirtildiği gibi 120. madde yalnızca üniversite adı altında yasa ile kurulmuş bulunan kuruluştan değil, yaptığı öğretim üniversite öğretimi niteliğinde olan ve adı üniversite olmayan bütün kuruluşları dahi kapsamına almakta olduğundan üniversite öğretimi niteliğinde öğretim yapan bütün kurumlar, bu maddenin koyduğu sınırlandırma içine girmektedir. Özgürlükleri hukuk düzeninin temeli sayan Anayasa'nın yorumunda, özgürlükleri sınırlandıran Anayasa kurullarının dar bir yoruma bağlanması gerektiği ileri sürülerek, üniversite adını taşımayan kurumların 120. maddenin kapsamı dışında kaldığı savunulamaz; çünkü ister ana kural, ister ayrık durum yaratan bir kural olsun, her kuralın kendi kapsamına giren veya girecek olan bütün olaylara uygulanması zorunludur. Bundan dolayı, Anayasa'nın 120. maddesindeki kurulların dahi, kapsamına giren veya sonradan girecek olan bütün durumlara uygulanması gerekir. Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca temel bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan, Anayasa'nın 120. maddesinin ve 21. maddesinin karşılıklı ilişkilerine değinen ve üniversite öğretimi niteliğindeki Öğretimde Devlet tekelinin öngörölmüş olduğunu kabul eden yorumun, Anayasa'nın 11. maddesine aykırı olduğu söylenemez. Kısacası Anayasa'nın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasa'ca sınırlandırılması durumunda Anayasa'nın 11. maddesinin uygulanma yeri olamaz

hakların güvencesi ve sınırlanması bazında bu özün önceliği ilkesi geniş uygulama alanı bulmuştur. Bu ilkenin koşullarının olduğu her yerde uygulanması tutarlılık sağlanması açısından elzemdir. Bu tutarlılığın Türkiye uygulamasında tam olarak sağlandığının söylenmesi güçtür. Bunun nedeni ise kademeli sınırlama sisteminin açıkta bıraktığı sanılan sorunların sağlam bir çözüme kavuşturulmamış olmasıdır.³⁰⁷

Özel genel ilişkisi ve özün önceliğine dair bu açıklamalardan sonra, 1961 Anayasasının 11. Maddesinin bir genel sınırlama normu olduğu söylenebilir. Bunun göstergesi bu sınırlama nedenlerinin “Genel Hükümler” bölümünde yer alması ve bu nedenlerin uygulaması için herhangi bir sınırlama öngörülmeyp hakların tümü için geçerli olmasıdır. Eğer münferit temel hak ve özgürlük maddelerinde hiçbir özler sınırlama hükmü yer almamış olsaydı, 11/1 maddenin bütün temel haklar üzerinde geçerli olacağı kaçınılmazdı.³⁰⁸

1961 Anayasası 11/1 maddede geçen genel sınırlama nedeni ile yetinmemiş, yasa koyucunun sınırlama yetkisini, her temel hak ve özgürlük için değişik ölçülerde getirdiği yasa kayıtlarıyla ayrı ayrı saptamıştır. Ve bu saptama yapılırken özel maddelere dağıtılan sınırlama hükümlerinin rastgele serpiştirilmiş değil basit ve nitelikli yasa kayıtları şeklinde kademelenen ve bazı haklar açısından hiçbir yasa kaydı öngörmeyen farklılaşmış bir sistem oluşturmuştur. Bu farklılaşma, her temel hakkın kendine özgü bir norm alanına sahip oluşunun doğal bir sonucudur. Modern anlamda ele alındığında temel hakların anayasal güvence altına alınmasının asıl fonksiyonu da burada yatar. Akis halde Anayasanın bunca maddesi içinde ayrıntılı hükümlerle güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükler, bir haklar katalogu olmaktan öteye geçemezdi. Bu açıklamadan çıkarılacak olan hakların değişik norm alanları, sınırlama sistemindeki farklılaşmanın da kaynağı oluşudur. 11/1 madde ile diğer sınırlama hükümleri arasındaki ilişkiyi tayin ederken, bu tespitten hareket etmek gerekir. 11/1. Maddenin genel hükmü karşısında diğer sınırlama hükümlerinin özel

³⁰⁷ A.g.e. s. 97

³⁰⁸ A.g.e. s. 98

norm niteliğini oluşturan temel unsur, bu hükümlerin kendine özgü norm alanına sahip belli bir hakka yönelik olmalarıdır.³⁰⁹

3.2.3. Kümülatif (Katmerli) Sınırlama Sistemi ve 1982 Anayasasının İlk Halinde Nedene Bağlılık İlkesi

Kümülatif sınırlama sistemi temel hak ve özgürlüklerin tümünü sınırlandırılmasına olanak veren genel sınırlama nedeni ile her bir temel hak ve özgürlük maddesinin tanımında yer alan özel sınırlama nedenlerinin bir arada uygulanmasıdır. 1982 Anayasasının ilk halinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının düzenlendiği 13. Madde yukarıdaki bölümlerde açıklanan 1961 Anayasasındaki tartışmalara son vermek üzere düzenlenmiştir.³¹⁰

Hukuk literatüründe genel kaniya göre, 1982 Anayasasından önce 1961 Anayasası temel hak ve özgürlükler için bir genel sınırlama hükmü değil, genel koruma hükmü getirmişti. Fakat 1971 değişiklikleri ile bu madde aynı zamanda bir genel sınırlama hükmüne çevrilmek istendi. Nitekim Anayasa Mahkemesinin içtihatları da bu yönde olmuştur. Ancak buna rağmen tartışmalar son bulmamıştı. 1982 Anayasası ise bu tartışmalara son vermek üzere özgürlüklerin hem genel hem de özel nedenlerle sınırlandırabileceğini düzene kavuşturarak(md. 13) katmerli sınırlama anlayışını kabul etmiştir.³¹¹

³⁰⁹ A.g.e. s. 98,99

³¹⁰ Buna göre 1982 Anayasasının 13. Maddesinin İlk hali şu şekilde düzenlenmiştir: “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.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

³¹¹ Tanör, a.g.e. s. 138

Bu netice 13. Madde metninden anlaşıldığı gibi maddenin gerekçesi, Danışma Meclisi³¹² ve Milli Güvenlik Konseyinin³¹³ Gerekçelerinde ayrıca Anayasa Mahkemesinin Kararlarında³¹⁴ açıkça belirtilmiştir. Buna göre 13. Maddede yer alan sınırlama sebepleri (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması) genel nitelikli yani temel hak ve özgürlüklerin tümüne uygulanabilecek niteliktedir. Bu sebeplerden herhangi bir tanesine dayanılarak sınırlama yapılabilmesi için sınırlama yapılacak hak veya özgürlüğün düzenlendiği maddede ayrıca belirtilmelerine gerek yoktur. Bunun yanında eğer herhangi bir hak veya özgürlük için düzenlendiği maddede özel bir sınırlama nedeni belirtilmişse sınırlama belirtilen özel nedene dayanılarak da yapılabilir.³¹⁵

Böylece 1982 Anayasası 1961 Anayasasının temel hak ve özgürlükler için öngördüğü “kademeli sınırlama sisteminden” uzaklaşmış, hem 13. Maddedeki genel sınırlama sebeplerine dayanılarak hem de madde metninde belirtilen özel nedenlere dayanılarak sınırlama yapılabilmesine imkân veren “kümülatif (katmerli) sınırlama

³¹² Danışma meclisinin anayasanın 13. Maddesi hakkındaki gerekçesine göre; “Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını hüküm altına alan bu genel maddenin birinci fıkrasında önce, bütün hak ve hürriyetler için geçerli yani genel nitelikte olan sınırlama nedenleri gösterilmiştir. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada, belli bir hak ve hürriyetin sınırlandırılmasına meşru gerekçe teşkil eder. Daha öncede belirtildiği gibi genel nitelikteki bu sınırlama nedenlerinin belli bir hak ve hürriyetler için uygulanabilmesi için, o hak ve hürriyete ait özel maddede ayrıca öngörülmüş olması yani açıkça kendisinden söz edilmiş bulunması gerekmez. Temel hak ve hürriyetler, genel sınırlama nedenleri yanında ve bunlara ilaveten her bir hak ve hürriyete mahsus özel maddede açıkça öngörülen özel sebeplerle de sınırlandırılabilir.”

³¹³ Milli Güvenlik Konseyinin aynı maddeye ilişkin gerekçesine göre; “Kuşkusuz genel sınırlama sebepleri, temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olacaktır. Madde metninde bu konuda açıklıkta bulunmaktadır. Ancak bu genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin hangi temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebebi olarak uygulanacağı kanunla belli edilecektir. Kanun koyucu bir kısım temel hak ve hürriyetler için gerektiğinde genel sınırlama sebeplerinin tümünü dikkate alarak düzenleme yapabileceği gibi, diğer bir kısım temel hak ve hürriyetler için de genel sınırlama sebeplerinden gerekli olanları belirtmek suretiyle sınırlama yapabilecektir.”

³¹⁴ Örneğin, AYMK, 1.3.1984, E.1984/1, K.1984/2 kararın 13. Maddedeki genel sınırlama nedenine vurgu yapılan birçok bölümde olduğu gibi, bir bölümünde; “Yasanın 23 üncü maddesi bu şekilde Anayasa’nın 2 nci maddesinde yer alan “demokratik hukuk devleti ilkesine ve 13 üncü maddesinde yer alan “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı” yolundaki temel ilkeye aykırıdır. “Demokratik hukuk devleti ilkesi seçim yoluyla oluşturulacak meclisler in demokratik olmasını yani halk iradesinin bu meclislere azami ölçüde yansımaları gerektirir. Demokratik idare her şeyden önce “halkın halk tarafından halk yararına yöneltilmesi demek olduğundan, “halk tarafından seçilmeyen, halkın azınlığını temsil eden bir topluluğun yönetimine” demokratik idare denmesi de mümkün değildir.” Denmiştir.

³¹⁵ Özbudun, a.g.e. s. 77,78, Tanör, a.g.e. s. 138, Memiş, a.g.e. s. 232

sisteminde” karar kılmıştır. Üstelik temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde genellikle 13. Maddede sayılan nedenlerin tekrarından kaçınılması ve sadece bunlar dışındaki “özel” sınırlama sebeplerinden söz edilmesi katmerli sınırlama sistemini pekiştiren uygulamalardır.³¹⁶

3.2.3.1. 1982 Anayasasının İlk Şeklinde Genel Sınırlama Nedenleri

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde iki tür sınırlama getirmiştir. Bunlardan birisi genel sınırlama nedenleri diğeri özel sınırlama nedenleridir. Genel sınırlama nedenleri 1982 Anayasasının 13. Maddesinde gösterilmiştir. Buna göre genel sınırlama nedenleri; “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın korunması” olmak üzere 9 sınırlama nedeninden oluşmaktadır. Anayasa genel sınırlama nedenlerini saymakla yetinmemiş, bunların “temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli” olduğunu da belirtmiştir.³¹⁷

Madde metninin yanı sıra hem Danışma Meclisi hem de Milli Güvenlik Konseyinin gerekçelerinde belirtilen ”tüm hak ve özgürlükler için geçerli olma” hükmüne karşın genel sınırlama nedenlerinin tümünün bütün hak ve özgürlüklere uygulanmasının olanağı yoktur. Genel sınırlama nedenleri, sınırlanacak hak ve özgürlükle bağdaştığı ölçüde kullanılabilir. Bazı özgürlüklere nitelikleri gereği genel sınırlama nedenlerinin hiçbirisi uygulanamaz. Örneğin Anayasada yer alan düşünce ve kanaat özgürlüğünün düzenleyen maddeye bakıldığında şu düzenleme görülür; ” Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” Bu özgürlüğe, niteliği gereği olarak, madde metninde de görüldüğü gibi özle sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Aynı şekilde özel sınırlama nedeniyle bu özgürlük sınırlanamayacağı gibi genel sınırlama nedenlerinden birisine dayanılarak da sınırlama yapılamaz.³¹⁸

³¹⁶ Özbudun, a.g.e. s. 78

³¹⁷ Gözübüyük, a.g.e. s. 171

³¹⁸ A.g.e. s. 171, Soysal, 100 soruda., s. 195-197

1982 Anayasasının ilk şeklinde yer alan bu dokuz genel sınırlama nedenlerinden “genel asayiş ve milli güvenlik” nedenleri 1982 Anayasasıyla ilk defa anayasada yer almış, geriye kalan yedi sınırlama nedeni 1961 Anayasasına 1971 değişiklikleri ile girmiştir. Bu nedenlere kısaca değinmek faydalı olacaktır.

- **Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü (bölünmezlik)**

Ülkenin bütünlüğü ve milletin bütünlüğü kavramlarını ayrı ele alırsak, ülkenin bütünlüğü kavramı her şeyden önce ülke topraklarının parçalanmazlığı, bunların bir parçasının dahi başkalarına devredilmezliği ve ayrılma yasağı anlamlarına gelmektedir. Milletin bütünlüğü ise Anayasa Mahkemesine göre kamusal yaşamda milletin tekliği demektir. Buna göre kamusal yaşamda ulusal kültür geçerlidir ve hukuken güvence altındadır. Özel yaşamında ise herkes dilediği kültürü yaşayabilir.³¹⁹

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü Türk sisteminde tek egemenlikli devleti ifade eder ve buna aykırı işlem yapılamaz. Bu hüküm sadece yasa koyucuyu bağlayan bir düstur değildir. Anayasanın 4. Maddesi bu ilkenin yer aldığı 3. Maddeyi “değişmez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez” hükümler arasında saymıştır. Bu durumda üniter devlet ilkesini dışlayacak ya da federal vb. örgütlenmeleri mümkün kılacak bir anayasa değişikliği de mümkün değildir. Bu da bu ilkenin sadece yasama iktidarını değil tali kurucu iktidarı da sınırladığının bir göstergesidir.³²⁰

Anayasa Mahkemesi³²¹ Halkın Emek Partisi’nin kapatılmasına ilişkin kararında devletin üniter niteliğini ve keza devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği ilkesini şu şekilde açıklamıştır:³²²

³¹⁹ Tanör, a.g.e. s. 111

³²⁰ A.g.e. s;112

³²¹ Ayrıca AYMK, 30.11.1993, E. 1993/2, K.1993/3 kararının bir bölümünde bu ilkeye ilişkin açıklamalarda bulunmuştur; Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. Devlet "TEK"dir, ülke "TÜM"dür, ulus "BİR"dir. Ulusal birlik; devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin, etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir. Anayasa'da ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören hiçbir kural bulunmadığı gibi, kimsenin soy kökeninin yadsınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da yoktur. Ulusal ve tekil devlet etnik ayrılıklarla tartışılmaz. Herkesin, her zaman karşılaşabileceği ve

“Üzerinde durulması gereken diğer bir husus da bölünmez bütünlük ilkesinin, egemenlik kavramıyla yakından ilişkisidir. Türkiye Devleti tekil devlet esaslarına göre kurulmuş, bütünlüğe dayanan devlettir... Bölünmez bütünlük ilkesi devletin bağımsızlığını ülke ve ulus bütünlüğünün korunmasını da kapsar... Tekil devlet esaslarına göre düzenlenen Anayasada federatif devlet sistemi benimsenmemiştir... Devlet yapısında ‘bölünmez bütünlük’ ilkesi; egemenliğin ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünleşmesini gerektirir. Ulusal devlet ilkesi çok uluslu devlet anlayışına olanak vermediği gibi böyle düzende federatif yapıya da olanak yoktur. Federatif sistemde federe devletler tarafından kullanılan egemenlikler söz konusudur. Tekil devlet sisteminde ise birden çok egemenlik yoktur... Egemenlik ve devlet kavramlarının ‘ulus’ kavramıyla bütünleşmesi, devletin herhangi bir etnik kökenden gelenlerle ya da herhangi bir toplumsal sınıfla özdeşleştirilmesine engeldir”³²³

- Milli Egemenliğin korunması

1982 Anayasası da 1924 ve 1961 Anayasaları gibi, Fransız Devriminin “milli egemenlik” ilkesini tekrarlamıştır. Buna göre “egemenlik kayıtsız şartsız milletindir”.³²⁴ Buradaki “kayıtsız, şartsız” olma durumu, egemenliğin kaynağı bakımındandır. Egemenliğin ait olduğu ya da türediği kaynak bakımından hiçbir kayıt ve şart yoktur. Bu bir mutlak aidiyettir. Millet egemenlik yetkisinin biricik sahibidir. Bu ilke 1920-1921 döneminde monarşik egemenlik anlayışını ve padişahı devre dışı

giderek hukuk devletinde giderilip karşılığı istenebilecek aykırılık, çelişki, haksızlık ve yanlışlıklar, insan hakları alanında sömürü nedeni yapılarak, gerçekler saptırılıp çarpıtılarak, üstü kapalı biçimde, ayrı ulus yoluyla ayrı devlet amaçlanamaz. Tartışılmaz kavramlar ve değerlerle, ödün verilmesi olanaksız ilke ve niteliklerin kaynağı Türkiye Cumhuriyeti'dir. Çağımızda da farklı etnik grupların birlikte uluslaşması ve devletleşmesi uluslararası düzeyde hukuksallığını korumaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti için farklı düşünenin haklı bir nedeni yoktur. Ulus birliğini bölmek; belli toprak parçasını bir ırktan gelenlere maletmek, etnik arındırma yapmak anlamına gelir ki, bunun çağdaş, insancıl değerlerle bağdaştırılması olanaksızdır. Vatandaşlık, bölge özelliklerini ve etnik farklılığı aşan, bütünleştirici çağdaş üst bir olgudur. Bu konuda bir kimsenin diğerinden farklı olmasına; din, kültür ve etnik kökene ilişkin ayrıcalıklara yer yoktur. İnsan haklarının sadece bir kişiye, sınıfa ve zümreye değil ayrımsız olarak bütün vatandaşlara eşit olarak uygulanması esastır. Siyasal açıdan önemli olan, soy değil, ulusal topluluktan olmaktır. Eğer bir soy, vatandaşlık bağlamındaki insan hakları dışında özel haklara sahip olmak isterse bu, onun ulus bütünlüğü içinde yalnız bir köken değil, aynı zamanda ayrı ulusal bir topluluk olması anlamına gelir. Bu ise, ulus bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz.”

³²² Gözler, a.g.e., s. 115-119

³²³ AYMK, 14.7.1993, E. 1992/1, K. 1993/1

³²⁴ Gözübüyük, a.g.e. s. 151

tutmanın etkili bir biçimi olarak ortaya çıkmıştır. Bu ifade millet dışında herhangi bir güç ya da iradenin bu egemenlik yetkisine paydaş olamayacağını da açıklar.³²⁵

- **Cumhuriyetin korunması**

Anayasa 1. Maddesinde “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” Demiştir. Böylece demokratik devletin açık belirtisini ortaya koymuş olmaktadır. Bu hükümle devlet mekanizmasının doğrudan doğruya veya dolaylı bir biçimde seçimden çıkacağı ifade edilmekte, 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi kaynağının ulus egemenliğinden almayan bir devlet başkanlığı kurumu kabul edilmemiştir.³²⁶

- **Milli Güvenliğin korunması**

Milli güvenlik, 2945 Sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 2. Maddesinde; “Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını,... İfade eder.” Şeklinde tanımlanmıştır.

- **Kamu Düzeninin korunması**

Kamu düzeni bir insan grubunun gerçek anlamda bir toplum olmasına olanak veren iç barıştır. Asgari sükûnet, herkese özgürlüklerden yararlanma güvencesi sağlar. İdari kolluk hukukunda ise kamu düzeni kavramı belirleyici rol oynamaktadır. Kamu düzeninin öğeleri, kolluk makamlarının müdahale alanlarına sınırlar çizer. Bu şekilde kolluk gücü, ancak halkın dirliği- dinginliği, güvenliği ve sağlığı öğelerinde somutlaşan “olağan” düzeni korumak için harekete geçebilir. Bu öğeler kamunun maddi düzenini ifade eder. Kamu düzeni kavramını niteleyen üç özellik vardır. Bunlar, maddi olması, kamusal olması ve sınırlı(dirlik, güvenlik, sağlık) olmasıdır.³²⁷

³²⁵ Tanör, a.g.e. s. 114

³²⁶ Gözübüyük, a.g.e. s. 151

³²⁷ Kaboğlu, Özgürlükler ..., s. 94

Anayasa Mahkemesi de bu kavramın tanımlanmasının güç olduğunu bildirmiştir³²⁸;

“Aynı suretle, bu konuda bir diğer sınır olmak üzere kabul edilmiş bulunan (Kamu düzeni) deyimini ise, belli edilmesi daha güç bir anlamı kapsamaktadır.

Nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise, bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalıştığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.”

- Genel Asayişin korunması

Genel asayiş, yukarıda belirtildiği gibi, aslında “kamu düzeni” kavramının bir unsurudur. Ancak 1982 Anayasası bu kavramı da ayrıca belirtme gereğini duymuştur. Doktrinde genel asayiş veya kamu güvenliği bireylerin umumî ve umuma açık yerlerde can ve malları için endişe duymamalarını ifade eder. Yani genel asayiş, bireylerin can ve mallarına zarar verebilecek tehlikenin yokluğu anlamına gelir. O halde, temel hak ve hürriyetler bireylerin can ve mallarına zarar verebilecek bir tehlikeyi yok etmek amacıyla sınırlanabilir.³²⁹

- Kamu Yararının korunması

Kamu yararı kavramının tanımlanması oldukça güçtür. Kamu yararını var olup olmadığını takdir edecek organ sınırlama yetkisine sahip olan yasama organıdır. Hangi sınırlamada kamu yararının olduğu, hangi sınırlamada kamu yararının bulunmadığının tespitinde kullanılacak hukukî bir kriter yoktur. Zira kamu yararının ne olduğu ve nasıl gerçekleştirileceği sorunu siyasal bir sorundur. Siyasal bir sorun

³²⁸ AYMK, 28.1.1964, E.1963/128, K.1964/1

³²⁹ Gözler, a.g.e. s. 230

hakkında karar vermek için ise “irade” gerekir. Bu irade ise demokrasilerde halka ve onun temsilcilerine aittir. Bu nedenle kanımızca, bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında kamu yararının bulunup bulunmadığını Anayasa Mahkemesi araştıramaz; bunu araştırması, Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendi kamu yararı tercihlerini yasama organının tercihlerinin yerine koyması anlamına gelir.³³⁰

- Genel Ahlakın korunması

Anayasa Mahkemesi bir kararında³³¹;

“Anayasa'nın 29 uncu maddesiyle temel haklar arasına alınmış bulunan (Önceden izin almaksızın dernek kurma) hakkına sınır olmak üzere aynı maddenin ikinci fıkrasına konulmuş bulunan (Genel ahlâk) deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır. Şu halde Anayasamız kanun koyucuya genel ahlâkı korumak amacıyla (Önceden izin almaksızın dernek kurmak) hakkına sınırlar çizebilmek yetkisini tanımış bulunmaktadır.”

Anayasa Mahkemesi tanımından da belirtildiği gibi, genel ahlâk, belli bir dönemdeki anlayışa bağlıdır. Bu belli bir dönemde hangi anlayışın geçerli olduğunu da takdir edecek makam, sınırlamaya yetkili olan makama, yani Türkiye Büyük Millet Meclisidir.³³²

- Genel Sağlığın korunması

Genel sağlık nedeni eski tabirle “umumi hıfzıssıhha” toplumun yaşantısının sağlık koşulları içinde olmasının dolayısıyla bulaşıcı hastalıklardan, salgınlardan veya sağlığı tehdit eden unsurlardan toplumun uzak tutulması anlamlarına gelmektedir. Yasa koyucu bu nedenle temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilir.³³³

3.2.3.2.1982 Anayasasının İlk Şeklinde Özel Sınırlama Nedenleri

³³⁰ A.g.e., s. 230

³³¹ AYMK, 28.1.1964, E.1963/128, K.1964/1

³³² Gözler, A.g.e., s:231

³³³ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yay., 2005 s. 194

Bilindiği gibi 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kabul ettiği yaklaşım kümülatif sınırlama sistemi yani hem genel sınırlama nedenleri hem de özel sınırlama nedenlerinin bir arada katmerli olarak uygulanmadır. İşte özel sınırlama sebepleri, Anayasanın temel hak ve hürriyetler ile ilgili maddelerinde yer alan sınırlama sebepleridir. Bu sınırlama sebepleri sadece ilgili oldukları temel hak ve hürriyet için geçerlidir. Yani, yasama organı bir özel sınırlama sebebine dayanarak sadece bu sebebin öngörüldüğü temel hak ve hürriyeti sınırlandırabilir. Örneğin Anayasanın 23'üncü maddesine göre, “yerleşme hürriyeti... sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Burada “sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” bir özel sebeptir. Yasama organı bu sebebe dayanarak sadece yerleşme hürriyetini sınırlandırabilir.³³⁴

Eğer bir maddede özel sınırlama sebepleri öngörülmüş ise, o maddedeki temel hak ve hürriyet, hem 13'üncü maddenin birinci fıkrasında öngörülen “genel sınırlama sebepleri” ile hem de o madde de öngörülen “özel sınırlama sebepleri” ile sınırlandırılabilir. Ancak bir madde de “özel sınırlama sebebi” öngörülmemiş ise, bu o maddede düzenlenen temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez. O temel hak ve hürriyet, Anayasanın 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan “genel sebepler” ile sınırlandırılabilir.³³⁵

3.2.4. 2001 Değişikliklerinden Sonra 1982 Anayasasında Nedene Bağlılık İlkesi

3.2.4.1. Genel Sınırlama Nedenlerinin Kaldırılması

4709 sayılı kanunla 1982 Anayasasının sınırlamanın genel ilkelerini düzenleyen 13. Maddede yer alan genel sınırlama nedenleri (Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın korunması) kaldırılmıştır.

³³⁴ Gözler, a.g.e. s. 232

³³⁵ A.g.e. s. 232

Getirilen bu yeni düzenleme ile anayasal özgürlükler, ancak ilgili maddelerinde kendileri için öngörülen nedenlerle sınırlanabileceğinden, farklılaştırılmış bir sınırlama sisteminden bahsedilebilir. Bununla birlikte 13. Maddeden çıkartılan genel sınırlama nedenleri, hak ve özgürlüklerden bazılarının düzenlendiği maddelere dağıtılmıştır. Ancak bu dağıtma işlemi, ilgili hak ve özgürlüğün niteliğine uygun olarak yapılmamıştır. Bu konuda eşitsizliğin olduğu söylenebilir. Değişiklikle daha çok birinci kuşak haklar ile kolektif özgürlüklerin düzenlendikleri maddeler için genel sınırlama nedenleri dağıtılmıştır. Örneğin “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” için birçok sınırlama nedeni zaten mevcut olduğu halde, “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” gibi bu özgürlüğün niteliği ile bağdaşması güç olan nedenlerin de eklendiği görülmektedir.³³⁶

3.2.4.2. Anayasada Herhangi bir Sınırlama Nedeninin Gösterilmemesi

13. maddedeki bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına imkân veren genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasıyla kanun koyucu genel sınırlama nedenleri maddelere dağıtarak hak ve özgürlüklerin ilgili maddelerine özel sınırlama nedenleri öngörme yoluna gitmiştir. Ancak bir kısım hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bunlar; düşünce ve kanaat hürriyeti (md. 25), hak arama hürriyeti (md. 36), ispat hakkı (md. 39), çalışma ve sözleşme hürriyeti (md. 48), kanuni hâkim güvencesi (md. 37), vatandaşlık hakkı (md. 74), kamu hizmetine girme hakkı (md. 70), dilekçe hakkı (md. 74)’dır. Bu şekilde maddesinde özel sınırlama nedenine yer verilmemiş olan hak ve özgürlüklerin, genel sınırlama nedenlerinin de kaldırılmasıyla sınırsız hale gelip gelmedikleri ile ilgili ortaya bir sorun çıkmıştır.

Gözler, yukarıda da değinildiği gibi bu durumdaki hak ve özgürlüklerin sınırsız kalacağını nitekim 4709 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin yanlış olduğunu belirtmiştir. Gözler’ e göre değişiklikten önce kamu yararı, genel sağlık, genel kamu düzeni gibi nedenlerle sınırlanabilen bu hak ve özgürlükler genel sınırlama nedenlerin kaldırılmasıyla sınırsız hale gelmişlerdir. Bu şekilde bu hak ve

³³⁶ **Kaboğlu**, a.g.e., s. 99

özgürlükler artık hiçbir şekilde sınırlanamayacaktır. Ve bu durumu somutlaştırmak için, “artık herkes istediği mesleği icra edebilir ve istediği sözleşmeyi yapabilir, Artık Türkiye’de kolluk yetkisi kullanılamaz” gibi örnekler de getirmiştir.³³⁷

Özgürlüklerin sınırsız kalacağı görüşüne karşı özgürlüklerin sınırsız kalamayacağı, bu durumda olan hak ve özgürlüklerin nesnel sınırlılık anlayışına göre çözülebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. M. Sağlam’a göre Anayasanın kimi hak ve özgürlükler için sınırlama nedeni öngörmemiş olması o hak ve özgürlüğün sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız özgürlük anlayışı terk edilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları 1924 Anayasasının sınırsız özgürlük anlayışından uzaklaşmış, bir taraftan siyasi iktidarı sınırlandıran, diğer taraftan toplumsal içeriğe sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayış içinde uçsuz bucaksız özgürlüğe yer yoktur. Bir hak ve özgürlük için herhangi bir sınırlama getirilmese dahi o hakkın niteliğinden ve eşyanın tabiatından olan sınırları vardır.³³⁸ Yine F. Sağlam’a göre, Gözler’ in genel sınırların kalkmasıyla hak ve özgürlüklerin sınırsız kalacağı sorunu ile ilgili verdiği örnekler, “görünüşte sorun” niteliğindedir.³³⁹

Bu konuda Federal Alman Bonn Anayasasının uygulamasına bağlı olarak Alman Hukuk Öğretisi tarafından geliştirilen temel hakların nesnel sınırlılığı ilkesi çözüm olarak sunulmuştur. Nesnel sınırlılık F.Sağlam tarafından geniş biçimde incelenmiş³⁴⁰ Türkiye uygulaması için altyapı oluşturulmuştur. Nesnel sınırlılık konusuna alt kısımlarında yer alan görüşleri ile beraber, çalışmanın ikinci bölümünde değinilmiştir. Yine kısa bir açıklama yapmak gerekirse, temel hakların nesnel sınırlılığı ilkesine göre, hakların sınırsız olmaması norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Temel haklardan her biri normatif yapısı gereği belli bir yaşam alanında geçerlidir.³⁴¹

³³⁷ Gözler, a.g.m.

³³⁸ M. Sağlam, a.g.m.

³³⁹ F. Sağlam, a.g.m.

³⁴⁰ F. Sağlam, a.g.e.

³⁴¹ M. Sağlam, a.g.m.

3.3.HAKKIN ÖZÜNE DOKUNMAMA ÖLÇÜTÜ

3.3.1. Genel Olarak Hakkın Özü Ölçütü ve Öze İlişkin Teoriler

Hakkın özüne dokunmama ölçütü, 1982 Anayasa'sında 2001 değişiklikleri ile öngörülmüştür. Yapılacak olan sınırlama 13. Maddeye göre; “Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın,... sınırlanabilir.” Denmek suretiyle hakkın özüne dokunulmadan yapılmalıdır. Ancak öz ölçütü ilk defa Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında 1961 Anayasası ile tanınan bir ölçüttür. 1961 Anayasasının 1971 değişikliğinden önce ve sonra bazı değişikliklerle 11. Madde de yer almıştır. Öze dokunma yasağı, Bonn Anayasasının 19. Maddesinin 2. Fıkrasından alınmıştır. Bonn Anayasası ve 1961 Anayasası dışında öz güvencesine hem pozitif bir Anayasa kuralı olarak yer veren ve hem de bu kuralın işlerliğini sağlayacak bir anayasal yargı denetimi öngören başka bir anayasa yoktur.³⁴²

Öz güvencesi yasal sınırlama yapılırken temel hakların çekirdek çevrelerine değmeme yükümlülüğünü ifade eder. Burada ortaya temel hakların özünün belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Zira bu öz her hak ve özgürlük için değişik özellikler taşıyabilmektedir. Bu konuda 1961 Anayasa'sı döneminde bir Anayasa Mahkemesi kararında şöyle denmiştir;³⁴³ Keza 11 inci maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında da bu terimler üzerinde açıklamada bulunulmamış olmakla birlikte Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından, maddenin ikinci fıkrasında yer alan (Hürriyetlerin Özü) teriminin tarif edilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda: “Buna imkân yoktur. Bu öz, her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumiye yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tespit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de, buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu, demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder”³⁴⁴. Suretinde açıklama yapılmıştır.

³⁴² F. Sağlam, a.g.e. s: 141

³⁴³ AYMK, 28.1.1964, E.1963/128, K.1964/8

³⁴⁴ *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi* Cilt: 3 Sayfa: 57

Öz güvencesinin neyi koruduğunu aydınlatmak, öz güvencesinin içeriği problemine de açıklık getirecektir. Bu bağlamda öz güvencesi objektif temel hak normunun mu özünü korumaktadır, yoksa bu normun kişiye sağladığı sübjektif kamu hakkını mı korumaktadır. Bu sorunun çözülmesi uygulama açısından da önemlidir. Eğer öz güvencesi yalnızca objektif temel hak normunu koruyorsa, belli bir somut olayda bir kimsenin sübjektif hakkının ortadan kalmasına yol açabilecek bir sınırlama, mutlaka temel hakkın özüne dokunmuş sayılmayacak, o temel hakkın toplum içindeki fonksiyonunu yerine getirmeye devam edip etmediğine bakılacaktır. Buna karşılık öz güvencesi sübjektif kamu hakkını da koruyorsa bu hakkın somut bir olayda bir tek kişi açısından da olsa sınırlama derecesi, öze dokunma yasağının ihlaline yol açabilecektir. Birinci durumda yasa koyucuya daha serbest bir alan kalmakta ikinci durumda bu serbesti daralmaktadır.³⁴⁵

Hakkın özü ölçütünün içeriğine dair nispi ve mutlak olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Nispi öz teorisine göre hakkın özü sadece her münferit temel hak için değil, her münferit olay için ayrı belirlenmelidir. Ancak her münferit olaya katılan kamusal ve özel değerler ve menfaatlerin tartılması ve ölçülmesi ile öze dokunulup dokunulmadığı belirlenebilecektir. Temel hakka somut bir durumda olaya katılan diğer değerler karşısında daha az değer biçilmesi gerekiyorsa, öze dokunma söz konusu değildir.³⁴⁶

Diğer taraftan mutlak öz teorisi özü, sabit, münferit olay ve somut durumdan bağımsız olarak anlamaktadır. Bu anlamıyla öz temel hak ve çekirdeği, temel cevher, asgari içerik gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Ama neyin dokunulmaz olarak kalması gerekeceği bugüne kadar net bir biçimde belirlenememiştir. Temel hak veya özgürlüğe ondan feragati gerektirecek derecede yoğun olarak yapılan müdahaleler olduğunda o temel hak ve özgürlüğün nesinden kesinlikle taviz verilemeyeceğinin belirlenmesine gerek vardır.³⁴⁷

1961 Anayasası ile Alman Bonn Anayasasının uygulamasını karşılaştırdığımızda Alman Anayasa Mahkemesinin öze dokunma yasağına aykırı bularak iptal ettiği yasa hükümlerinin çok seyrek olduğunu görürüz. Buna karşılık

³⁴⁵ F. Sağlam, a.g.e., s: 146

³⁴⁶“ BVerfGE 47, s: 330,358” Aktaran **Gören**, *Temel Hak Genel Teorisi*, s: 107

³⁴⁷ A.g.e. s:107

Ülkemizde Anayasa Mahkemesi, ze dokunma ltn uygulamada epey cömert davranmıştır. Bunun sebebi ise Anayasa Mahkemesinin lllk ilkesine yabancı kalmasıdır. Anayasa Mahkemesinin z ltn bu derece yoğun kullanmasından hakkın özü hakkında daha somut şeyler söylemesi beklenirdi. Ancak uygulamada böyle olmamış mahkeme verdiği kararların birçoğunda, klasikleşen bir formülü tekrar etmiştir.³⁴⁸ Buna göre; “Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporunda ve Anayasa tasarısının Meclisteki görüşmelerinden de anlaşılacağı veçhile bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”³⁴⁹

1961 Anayasa’sı döneminde Anayasa Mahkemesi hakkın özüne dokunmama ltn kimi zaman dar kimi zaman geniş yorumlamıştır. Örneğin mahkeme bu konuda verdiği ilk kararlardan birinde, 27 Mayıs İhtilalını korumayı amaçlayan ve “Tedbirler Yasası” olarak bilinen 38 Sayılı Yasayı ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir.³⁵⁰ Ancak Mahkeme daha sonra “toplumsal hayatın zararlardan

³⁴⁸ A.g.e., s: 144,145

³⁴⁹ AYMK, 8.4.1963, E.1963/17, K.1963/84, Mahkeme başka bir kararında; AYMK, 22.11.1976, E.1976/27, K.1976/51, “11. maddenin ikinci fıkrasındaki hükümle "Temel hak, özgürlük dokunulmazlıkların kanunlarla düzenlenmesi bahanesiyle bu hakların tahrip edilmemesinin güvence altına alındığı... Öteden beri hakların sınırlanmasında aşılan tehlikenin bu tahditlerin çok ileri gitmesi sonucunda cevherinin yok edilmek olduğu..... Özgürlükleri tahrip edenlerin daima bunları sadece düzenlediklerini iddia ettikleri..... düzenlemenin hakkın özünü tahribe kadar gidilmeyeceği kuralının konulduğu ve kanun koyucunun yetkisinin böylece kayıtlarığı, Anayasa Mahkemesi bu genel ölüyü göz önünde bulundurarak, herhangi bir tahdidin Anayasa'ya aykırı olup olmadığına karar vereceği, eğer sınırlama bir temel hak ve özgürlük veya dokunulmazlığın cevherini tahrip ediyorsa, Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla hükümsüz sayılacağı .." 28. maddenin ikinci fıkrasıyla da "bu hakkın kamu düzenini korumak amacıyla düzenlenmesi kanuna bırakılmış ise de, kanunun koyduğu kayıtların toplantı özgürlüğünü ciddi surette gcleştirici, toplantının amacına ulaşmasına engel olucu, etkisini ortadan kaldırııcı bir nitelik taşımamasının şart koşulduğu ..." hususları açıkça belirtilmiştir.

³⁵⁰ AYMK, 8.4.1963, E.1963/17, K.1963/84, “Bahsi geçen kanunun I inci maddesinin (A) bendi ile yapılan kayıtlamayı bu mahiyette telâkki etmek mümkün değildir, önce bu kayıtlama, itiraz dilekçesinde belirtildiği gibi vatandaşın 27 Mayıs Devrimi hakkında her hangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır Esasen kanaat besleme kişinin i lemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki 38 sayılı kanunun I inci maddesinin (A) bendi ile başı kayıtlamalara tâbi kılınmıştır. Kanunun 3 üncü maddesi hükümüne göre bu kayıtlamalara aykırı davranışların s niteliği alması için bu davranışların Türk Ceza Kanununun 153 üncü maddesinde belirtilen şekilde:

- 1- Basın yolu ile veya her hangi bir propaganda vasıtasıyla,
- 2- Umumi veya umuma açık olan mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda,
- 3- Toplanılan yer veya toplantıya katılanların adedi veya toplantının konusu ve gayesi itibariyle özel mahiyeti haiz olmayan bir toplantıda işlenmiş olması, şarttır. Bu bakımdan 38 sayılı kanunla yapılan

korunması ve güvenliğin sağlanması amaçlarının” çok daha bariz olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını sınırlayan bir yasal hükmü öz güvencesine aykırı bulmuştur. Mahkeme mülkiye amirinin emriyle toplantı ve gösteri yürüyüşünün on günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere ertelenmesine ilişkin düzenlemeyi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunur nitelikte bulmuştur.³⁵¹ 1982 Anayasa’sının aynı hakkı düzenleyen 34. Maddesi tepkisel olarak Anayasada belirtilen nedenlere dayanarak, belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü iki aya kadar erteleme veya yasaklama yetkisini “kanunun gösterdiği yetkili merci’e” vermiştir. Ancak son Anayasa değişikliği ile bu hüküm 34. Maddeden çıkartılmıştır. Bu durumda mevcut toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenme veya yasaklanma hükümlerinin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunup dokunmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu tür sorunlar 1982 Anayasasını hazırlayanları öz güvencesinden yüz çevirmeye ve yeni kriterler aramaya yönlendirmiştir.³⁵²

Bilindiği gibi 1982 Anayasasının ilk halinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü yer alırken, hakkın özü ölçütüne yer verilmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde de “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını kullanırken “öze dokunma yasağını” bunun içinde ya da yanı başında bir

kayıtlama, düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımamakta, sadece toplum hayatını zarardan korumayı ve güvenliği sağlamayı hedef tutmaktadır. Kaldı ki sözü geçen (A) bendindeki yasaklama ile basın sansüre tabi tutulmamış, gazete ve dergi çıkarılması önceden izin alma ve malî teminat gösterme şartına bağlanmamış, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici veya zorlaştıracı iktisadi, malî, teknik kayıtlar konulmamıştır. Şu halde bahsi geçen bent ile düşünce ve kanaat hürriyetinin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkansızlaştıran bir sınırlama yapılmamıştır. Bu itibarla bent hükmü ile düşünce ve kanaat hürriyetinin Özüne dokunulmamış ve bu öz tahrip edilmemiştir.”

³⁵¹ AYMK, 22.11.1976, E.1976/27, K.1976/51, “19.1.1976 günlü, 1932 sayılı Kanunun 4. maddesiyle, 171 sayılı, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyetleri Hakkında Kanun"a 10. madde olarak eklenen maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarıyla getirilen hükümler:

a) Toplantı ve gösteri yürüyüşü temel hak ve özgürlüğünü, bunlardan yararlanacakların istedikleri zamanda değil, idarenin arzuladığı zamanda yapılmasına olanak sağlamakta, üstelik erteleme süresi sonunda da bunları örtülü biçimde yapılamaz hale koymaktadır.

b) Zamanında yapılmasını engellediği için Toplantı ve Gösteri Yürüyüşünün amacına ulaşmasını güçleştirici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelik taşımaktadır.

c) Uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre özel yorumlara elverişli, keyfiliğe dek varabilecek uygulamalara neden olabilmekte ve Anayasa koyucunun erek ve amacına uygun düşen bir yasal düzenleme işini görebilecek nitelikte bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü hak ve hürriyetinin özüne dokunmak suretiyle Anayasa'nın 11. ve 28. maddelerindeki kuralların özüne aykırı düşen bu hükümlerin iptal edilmeleri gerekir.

³⁵² Arslan, a.g.m.

destek norm olarak devreye sokmuştur. Bunun da sebebi Anayasa Mahkemesinin Türkiye’ye özgü demokrasi anlayışından evrensel demokrasi kavramına doğru bir meylin olmasıdır. Anayasa Mahkemesinin bu doğrultuda verdiği kararlarının başında Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu³⁵³ ve Sosyalist Partinin kapatılması talebini reddettiği davaları³⁵⁴ gelmektedir. Mahkeme bir kararında³⁵⁵ demokratik toplum düzeninin gerekleri ile hakkın özü arasında bağlantı kurarak, “ temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamayacağına karar vermiştir.”³⁵⁶

Anayasa Mahkemesi görüldüğü gibi her iki Anayasa döneminde de öz ölçütünü kullanmaya devam etmiştir. Ancak Mahkemenin her iki Anayasa döneminde öze dokunma ölçütüne biçtiği örtüler farklı olmuştur. İlkinde bu kavram özgürlükçü ve açık bir nitelikteydi; “Temel hak ve özgürlüklerin gayesine uygun bir biçimde kullanılmasını son derece zorlaştıran”, bunları ”örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu”, ”ciddi surette güçleştirici”, ”amacına ulaşmasını önleyici”, ”etkisini ortadan kaldırıcı” gibi ifadeler kullanılmıştır. 1982 Anayasası döneminde ise Mahkeme, “hakkın özüne dokunucu” sınırlamaları yalnızca o hak ve özgürlüğü “ tümüyle kullanılmaz hale getiren”, ”belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıran” sınırlamalar olarak tanımlamış ve 1961 Anayasası dönemine göre daha güvencesiz bir yaklaşım benimsemiştir.³⁵⁷

3.4.ANAYASANIN SÖZÜNE VE RUHUNA UYGUNLUK

³⁵³ AYMK, 26.10.1986, E.1985/8, K.1986/27

³⁵⁴ AYMK(parti kapatma), 8.2.1988, E.1988/2, K.1988/1

³⁵⁵ AYMK, 26.11.1986, E.1985/8, K.1986/27

³⁵⁶ **Yılmaz Aliefendioğlu**, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasına Getirdiği Yeni Boyut” *Anayasa Yargısı*, Sayı: 19, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/aliefendioglu.pdf> (e.t. 15.112008)

³⁵⁷ **Tanör**, a.g.e. s:150,151

Temel hak ve özgürlüklere yapılacak olan sınırlamanın anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması ilkesi, 1961 Anayasa'sı ile tanınmış (md.11) bir sınırlama ölçütüdür. 1961 den bu yana Anayasalarımızda yer almıştır.

Anayasanın sözü ve ruhuna uygunluk ilkesi içinde anayasanın sözü ve anayasanın ruhu olmak üzere iki ilkeyi barındırır.

“Anayasanın sözü” denildiğinde Anayasa metni yani Anayasada açık olarak düzenlenmiş bulunan kurallar, Anayasa metnindeki somut hükümler ve ek güvenceler anlaşılmaktadır.³⁵⁸ Anayasanın temel hak ve özgürlükler için “ek güvenceler” belirtmesi önem kazanmaktadır. Anayasa birçok hallerde, sadece bir hak ya da hürriyeti tanımakla yetinmemiş, aynı zamanda kanun koyucunun o hak ve hürriyeti düzenlerken yapamayacağı hususları da belirtmiştir.³⁵⁹ Çeşitli ek güvencelerle donatılan temel hak ve özgürlüklere sistematik açıdan bakıldığında, bu ek güvencelerin bir kısmının yasa koyucuya yönelik yasaklar şeklinde formüle edildiğini görürüz. Diğer bir kısmının ise yasal sınırlamanın uygulanmasını idari makamlara değil, yargıç kararına bağlı kılmıştır.³⁶⁰ Kanun koyucunun riayet edeceği yasaklama hükümlerine örnek olarak; basının sansür edilememesi, süreli veya süresiz yayınların önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaması, dernek, sendika ve siyasal parti kurmanın, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemenin, önceden izin alma şartına bağlanamaması, verilebilir. Diğer kısma örnek olarak da tutuklamanın ancak hâkim kararı ile yapılabilmesi, özel hayatın ve haberleşmelerin, gizliliğine ve konuta Anayasada belirtilen istisnalar dışında hâkim kararı olmadan dokunulamaması gibi maddeleri verebiliriz.³⁶¹

Anayasanın ruhu ise, anayasanın bütünü ve ondan çıkan temel anlamı ifade etmektedir. Yapılacak olan sınırlamanın anayasanın bütününe ve ondan çıkan ana anlama aykırı nitelikte olmaması gerekir.³⁶²

³⁵⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s: 147

³⁵⁹ Özbudun, a.g.e. s: 80

³⁶⁰ F.Sağlam, a.g.e. s: 156

³⁶¹ Özbudun, a.g.e. s: 80

³⁶² Özbudun, a.g.e. s. 80, Kaboğlu, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır: D.H.F.Ü. Yay.,1989, s. 287

Anayasanın ruhu kavramı nesnel olarak tanımlanabilecek nitelikte değildir. Buna bazen çeşitli ve bazen de çok tartışma götürür anlamlar yüklenebilir. Anayasa yargısı sırasında bu yola başvurulmasının, bu mahkemenin yerindelik denetimi yapması sakıncasını doğurması da mümkündür.³⁶³

Anayasanın ruhu kavramı hakkında bir diğer görüşe göre, anayasa metninin bir maddesinden veya birkaç maddesinden anlam çıkarılması, bir yorum faaliyetidir. Anayasa metninin bütününden bir anlam çıkarılması da anayasanın sözünün yorumlanmasından başka bir şey değildir. Anayasanın ruhu kavramı objektif olarak tanımlanabilecek bir kavram olmadığından hukuk dışı bir kavramdır. Anayasa bir başka maddesinde kendi ruhunun ne olduğunu tanımlamadıkça, anayasanın 13. Maddesinde yer alan “Anayasanın ruhuna uygun olma” koşuluna bir anlam verilemez.³⁶⁴

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü 2001 değişikliklerinden önce 13. Maddede; “..Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” Şeklinde iken, değişiklikle; “Anayasanın sözüne ve ruhuna..aykırı olamaz.” Şeklini almıştır. Yapılan bu değişiklik bazı yazarlara göre eski ile yeni arasında mana ve sonuçlar bakımından her hangi bir değişikliği ifade etmemektedir.³⁶⁵ Ancak bir görüşe göre, anayasaya uygunluk, anayasanın sözüne ve ruhuna bağlı olmayı, bu öz ve söz dışında sınırlama yapmamayı gerektirir. Aykırı olmamak ise anayasanın ruhuna ve sözüne uygun düşmese bile aykırı olmamak koşuluyla sınırlama yapılabilmesi anlamına gelir ve daha fazla sınırlayıcı bir sözcüktür. Üstelik anayasa bir yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını anayasanın belirlediği sınırlandırma nedenlerine bağlı kılarken öte yandan anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü yerine aykırılık koşulunun yer alması uygun olmamıştır.³⁶⁶

Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama ölçütü 13. Maddede yer alan diğer ölçütlerden daha kapsamlıdır. Çünkü söz ve ruha uygunluk, sınırlamanın sınırını oluşturan diğer ölçütleri de kapsamaktadır.

³⁶³ Tanör-Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s. 148

³⁶⁴ Gözler, a.g.e. s. 234

³⁶⁵ Gözler, a.g.m.

³⁶⁶ Aliefendioğlu, a.g.m.

Anayasa mahkemesi anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütünü bazı kararlarında kullanmıştır.³⁶⁷ Mahkeme bir kararında anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü ile öze dokunmama arasındaki bağlantıyı vurgulayarak, anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı bulduğu sınırlamanın, mülkiyet hakkının özüne dokunduğunu belirtmiştir.³⁶⁸

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü kapsamında değerlendirilebilecek, yasama organının uyması gerektiği ve anayasanın ruhunun şekillenmesinde etkili olan bir takım ilke ve kurallara anayasallık bloğu denilmektedir. İlk Fransa da ortaya çıkan bu kavram, yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerlerde kurallar ve ilkelerin bütünü olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁹ Bu kavram Türkiye’de de epeyce yazar tarafından kullanılmıştır. Şüphesiz anayasa yargısı tarafından referans veya ölçü norm olarak kullanılan bu kuralların tespit edilmesi önemlidir. Yüzbaşıoğlu’nun tespitine göre³⁷⁰ ülkemizde anayasallık bloğunun içeriğini;

- Başlangıçta ifade edilen ilkeler
- Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler
- Atatürk ilke ve inkılâpları
- Uluslar arası hukuk kuralları
- Hukukun genel ilkeleri, oluşturmaktadır.

³⁶⁷ AYMK, 24.11.1987, E. 1987/24, K. 1987/32

³⁶⁸ Gös. Yer. ;AYMK, 22.9.1993, E. 1993/3, K. 1993/31;” Kamulaştırılan malın kamu yararının gerektirdiği amaçla kullanılmaması durumunda malike geri verileceği yolunda bir kural Anayasa’da yer almamakla beraber, Anayasa’nın 13. maddesinden de anlaşılacağı üzere Anayasa’nın yalnız sözü ile değil özü ile de birtakım kurallar koyması karşısında, gerek Anayasa’nın 46. madde hükmünden ve kabul edilmesindeki zorunluluktan gerekse 35. maddede düzenlenen mülkiyet hakkının niteliği itibariyle kamulaştırılan malın kamu yararına uygun biçimde kullanılmaması durumunda eski mal sahibine geri verilmesinin anayasal bir gerek olduğu ortaya çıkmaktadır.”

³⁶⁹ **Gözler**, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?” , A.Ü. SBF Dergisi, Cilt:55-Sayı:3, 2000, s. 81-103

³⁷⁰ **Yüzbaşıoğlu**, a.g.e., s. 18-186

3.5. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

3.5.1. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere ve Hakkın Özü

1961 Anayasasının 11. Maddesinde hakkın özü ölçütü varken bu ilke 1982 Anayasası tarafından kabul edilmemiş, onun yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstası getirilmiştir. Bu tercihin nedeni 1982 Anayasasının 13. Maddesinde belirtilmiştir.³⁷¹ Buna göre, “Hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülebilecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı, genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşa bilir olmalıdır. Getirilen bu kıstas 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin, uygulaması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslar arası sözleşme ve bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir.”³⁷²

Demokratik toplum düzeni kavramının getiriliş nedenine bakıldığında, gerekçede ifade edilen üç neden görülür. Bunlar, demokratik toplum düzeni kavramının belirginliği, uygulamasının daha kolay olması ve uluslar arası sözleşmelere ve bildirilere uygunluk.

Bu nedenler daha yakından incelendiğinde, demokratik toplum düzeninin belirginliği konusunda değişik görüşler vardır. Yaygın olan bir görüşe göre demokratik toplum düzeni ölçütünün iddia edildiği gibi belirgin bir ölçüt olduğunun şüpheli olduğudur. Bu ölçütte öz ölçütü gibi belirsizdir.³⁷³ Yine daha belirgin olarak tanımlanan bu ölçütteki belirginlik kavramının güvence anlamında mı yoksa uygulanabilirlik açısından mı kullanıldığı hakkında herhangi bir belirleme yapılmadığı söylenebilir.³⁷⁴ Başka bir görüşe göre ise demokratik toplum düzeni kavramının soyut

³⁷¹ Gözler, a.g.e. s. 235

³⁷² Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanakları(Feyyaz Gölcüklü), cilt:8, s. 67,68

³⁷³ Gözler, a.g.e. s. 235

³⁷⁴ Kaboğlu, a.g.e. s. 272

olduğu ancak hakkın özü kavramından daha belirgin olduğunu söylemek mümkündür.³⁷⁵

Uygulanmasının kolay olması konusunda ise hakkın özü kavramından daha kullanışlı bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü demokratik devletlerde sınırlandırılması mümkün olan birtakım hak ve özgürlükler eğer hakkın özü ölçütü kabul edilmiş ise sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Gölcüklü'nün vermiş olduğu örneğe göre³⁷⁶ demokratik hukuk devletlerinde bazen mektuplar açılabilmekte ve telefonlar dinlenilebilmektedir. Bizim ülkemizde de bunlara ihtiyaç duyulabilir. Ancak eğer hakkın özü ölçütü benimsenmiş olsaydı böyle bir durumda mektupların açılması veya telefonların dinlenilmesi anayasaya aykırı olurdu. Çünkü mektubun açılmasıyla veya telefonun dinlenmesiyle bu hakkın özüne dokunulmuş olurdu. Ancak demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü benimsenirse haberleşmenin gizliliği ilkesine yukarıdaki şekilde müdahale edilebilir. Çünkü tüm demokratik toplumlarda bazı sebeplerle haberleşmenin gizliliği ilkesine müdahale edildiği görülmektedir. Başka bir örnek olarak ölüm cezalarını ele alalım. Demokratik bir hukuk devletinde ölüm cezası uygulanabilir. Amerika Birleşik Devletleri gibi demokratik devletlerde uygulanmaktadır da. Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ikinci maddesi de mahkemelerce verilen ölüm cezalarının infazını yaşama hakkına aykırı görmemektedir. Oysa hakkın özü kıstası kabul edilirse, idam cezalarının infaz edilmesi mümkün değildir; çünkü idam cezası infaz edilince yaşama hakkından geriye bir dokunulmamış bir öz kalmaz. Bu örnekte sadece yaşama hakkının özüne dokunulmamakta, bu hak tamamıyla ortadan kaldırılmaktadır. Buna karşılık demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstası kabul edilirse, mahkemeler ölüm cezası verebilir ve bu cezaların infaz edilmesi yaşama hakkına aykırı olmaz.³⁷⁷

Uluslar arası sözleşme ve bildirilere uygunluk açısından bakıldığında, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü AİHS' den aktarılmıştır. Bunlar, duruşmaların açıklığı (md. 6/1), Özel hayatın gizliliği (md. 8), dinini açığa vurmamaya itilmeme (md. 9/2), ifade özgürlüğü (md. 10/2), dernek ve toplantı hak ve

³⁷⁵ Fendoğlu, a.g.m.

³⁷⁶ *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, Birleşim 130, 16.8.1982, s. 147, aktaran Gözler, a.g.e. s. 235

³⁷⁷ Gözler, a.g.e. s. 236

özgürlükleridir. Aynı ölçüt BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde de geçer(1966).³⁷⁸

Gerekçede yer alan nedenlerin ötesinde bilenen bir neden daha vardır. O da öz güvencesinin temel hakları sınırlamada siyasal otoriteyi çaresiz bıraktığı inancıdır. Bunun anayasayı hazırlayan komisyon üyeleri arasında çok yaygın ve güçlü olduğu bilinmektedir. Nitekim bir üyenin, “özgürlüklerin özüne dokunmamak için ülkede otoriteyi ne hale getirdiğimiz hepimizce malum”³⁷⁹ şeklindeki ifadeleri bu durumu ortaya koymaktadır. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının ifadesiyle demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne yer veren bu madde düzenlendiği şekilde çok daha elastiki, devlet iktidarına imkânlar verebilen bir maddedir.³⁸⁰ Şu halde öz güvencesinin terk edilip yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne yer verilmesinin arkasında esas olarak otoriteyi güçlendirme çabasının yattığını söylemek mümkündür.³⁸¹

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ile hakkın özü ölçütleri komisyonlardaki tartışmalarda ve yukarıdaki gerekçeden de görüleceği üzere birbirinin alternatifi iki kavram olarak görülmüştür. Ancak kavramları karşılıklı tahlil ettiğimiz zaman, gerekçedeki deyimle “demokratik rejim anlayışıyla uzlaşabilir olma”, sınırlamanın nasıl yapılması gerektiğini gösteren nispi bir ölçüttür. Öze dokunma yasağı ise mutlak bir dokunulmazlık sağlar, bu alanı güvence altına alır. Öz kavramı her hak ve özgürlük açısından kişiye dokunulmaz bir asgari alan güvencesi sunar. “demokratik toplum düzeninin gerekleri “ ise her hak ve özgürlük için ayrı ayrı somutlaştırması zor olan, hak ve özgürlüğün dışında kalan, daha çok siyasal rejim ve demokrasi alanına giren bir kavramdır. Dolayısıyla da öz güvencesinin yerini alabilecek bir ölçüt değil ancak onun tamamlayıcısı niteliğinde bir kavramdır.³⁸²

Bilindiği gibi 2001 değişiklikleri ile demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü ile hakkın özü ölçütü 13. Maddede sınırlandırmanın sınırı olarak bir arada yer

³⁷⁸ Tanör-Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s. 148

³⁷⁹ Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanakları(Fikret Alpaslan), cilt:8, s. 67,68

³⁸⁰ A.g.e. s. 77

³⁸¹ Arslan, a.g.m.

³⁸² F. Sağlam, a.g.e. s. 3-4 (önsöz)

almışlardır. Bu değişikliğin temelini yukarıdaki paragrafta açıklanan anlayışla açıklamak mümkün olabilir.

3.5.2. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Ölçütü İle Kastedilen Demokrasi Anlayışı

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramıyla ilgili tartışmalarda hangi demokratik toplum düzeninin kastedildiği sorusu ön plana çıkmıştır. Bu durumun ortaya çıkmasının nedenlerinden birisi 13. Maddede ki demokratik toplumun anayasanın başlangıç bölümünde ifade edildiği şekliyle “ bu anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasiyi mi” yoksa 13. Maddenin gerekçesinde belirtilen “genellikle kabul gören demokratik rejimi mi” işaret ettiği belirgin değildir. Başka bir ifadeyle sınırlamalar milli demokrasinin mi yoksa batılı anlamda standart demokrasinin mi gereklerine uygun olacaktır?³⁸³

Bu soruya literatürde 1982 Anayasasıyla benimsenmiş demokrasi anlayışı ile batılı anlamda standart demokrasi anlayışı olmak üzere iki şekilde cevap verilmektedir.

İlk şekilde demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulanmasında esas alınması gereken demokrasi anlayışı, 1982 Anayasası ile benimsenmiş demokrasi anlayışıdır. Bu görüşü savunanlar genellikle Anayasa Komisyonu Başkanvekili Gölcüklü’nün Danışma Meclisinde yaptığı açıklamayı delil göstermektedirler.

“‘Bu Anayasada öngörülene gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tâbi demokrasidir. Fazla kelime kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir kanaatimizce hukuk tekniğinde. Onun için demokratik toplum dedik. Zaten bundan anlaşılan da Anayasamızın demokratik toplumdur, standardı bellidir”³⁸⁴

Bu açıklama, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulanmasında esas alınması gereken demokrasi anlayışı olarak 1982 Anayasasının

³⁸³ Arslan, a.g.m.

³⁸⁴ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Birleşim 130, 16.8.1982, s. 147, aktaran Gözler, a.g.e. s.237

benimsediği demokrasi anlayışının esas alınacağı görüşünü destekler görünmektedir. Anayasanın başlangıç kısmının beşinci paragrafında da, “hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” vurgulanmaktadır. Bu durum karşısında, Anayasanın 13’üncü maddesinde geçen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ifadesiyle, 1982 Anayasası ile benimsenmiş olan demokratik toplum düzeninin gerekleri kastedildiği söylenebilir.³⁸⁵

Diğer görüşe göre ise, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün uygulanmasında esas alınması gereken demokrasi anlayışı, batılı demokrasi anlayışıdır. Bu görüş lehine de 1982 Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında açıklamalar vardır. Yine Anayasa Komisyonu Başkanvekili Gölcüklü’ nün demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin bir açıklaması şöyledir:

“Bizim batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız”.³⁸⁶

Yine Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Anayasa Gerekçesinde de 13’üncü maddedeki “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne ilişkin olarak şöyle denmiştir:³⁸⁷

“Hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır”.

Yukarıda yer alan ifadelerin gösterdiği gibi 13’üncü maddenin gerekçesine göre, burada esas alınacak demokrasi, 1982 Anayasasının öngördüğü demokrasi değil, “genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışıdır.”³⁸⁸

Doktrinde de ağırlıkla benimsenen görüş bu görüştür. Doktrinin çoğunluğuna göre, demokratik toplum düzeninin gereklerinden, 1982 Anayasasının

³⁸⁵ **Gözler**, a.g.e. s. 238

³⁸⁶ *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, Birleşim 130, 16.8.1982, s. 154, aktaran **Gözler**, a.g.e. s.237

³⁸⁷ **Gözler**, a.g.e. s. 248

³⁸⁸ Gös. Yer.

öngördüğü demokratik toplum düzeni değil, çağdaş, batılı hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel nitelikleri anlaşılmalıdır.³⁸⁹

3.5.3. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Anayasa mahkemesi demokratik toplum düzeni ölçütü ile ilgili olarak pek çok karar vermiştir. 1961 Anayasası döneminde verilen bazı kararlarında³⁹⁰ demokrasiyi “çağdaş özgürlükçü demokrasi” “batı uygarlığınca benimsenen demokrasi” olarak kabul ettiği görülmektedir.³⁹¹ Buradan 1961 Anayasası döneminde Anayasanın ve Mahkemenin demokrasi kavramını batılı anlamda anladıklarını ve kullandıklarını söyleyebiliriz.

1982 Anayasası dönemindeki başka bir karara göre;

“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 dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz” yolunda görüş bildirmiştir.³⁹²

³⁸⁹ Göş. Yer.

³⁹⁰ AYMK, 19.10.1972, E. 1970/48, K. 1972/3;” Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasa'mızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasa'nın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 üncü maddeleri kurallarına aykırıdır. Çünkü sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine erişirme amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde göz önünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasa'nın 10., 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdır. Oysa tartışma konusu olan Yasanın 9/2 nci maddesi yukarıda anılan ilkelere aykırı bir düzen getirmektedir ve bu nedenlerle Anayasa'ya uygunluğu savunulamaz.”

³⁹¹ Gören, a.g.m. s. 55

³⁹² AYMK, 26.11.1986, E. 1985/8, K. 1986/27 aktaran Gören, a.g.m.

Mahkemeye göre “özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamaları bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmamalı ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamalıdır.”³⁹³

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi 1982 Anayasası ile kabul edildikten sonra anayasa mahkemesinin Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili verdiği bir kararında³⁹⁴ 1961 Anayasasındaki tutumundan farklı olarak demokratik toplum düzeninden anlaşılması gerekenin kuşkusuz anayasada belirtilen hürriyetçi demokrasi ve icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin olduğu söylenmiştir.³⁹⁵ Mahkeme bu kararıyla Anayasada yer almayan ancak AİHS ile korunan hak ve özgürlükleri ve hukukun genel ilkelerini bu kavramın dışında tutmuştur.³⁹⁶

Ancak daha sonra vermiş olduğu Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ilgili kararında³⁹⁷ “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp

³⁹³ Göş. Yer.

³⁹⁴ AYMK, 6.10.1986, E. 1985/21, K. 1986/23 karara göre: “Hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması ve sınırlandırılması bakımından Anayasanın açıkça belirttiği durumlardan biri de Anayasanın 119., 120., 121. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü hallerle sıkıyönetim ve savaş hallerinde yapılabilecek sınırlamalardır. Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”

³⁹⁵ Arslan, a.g.m.

³⁹⁶ Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 88

³⁹⁷ AYMK, 26.11.1986, E. 1985/8, K.1986/27 ;” 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 dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerinde uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde,

güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.”denmek suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerini doğal hukuk öğretisine uygun biçimde anladığını göstermiştir.³⁹⁸

Mahkeme daha sonra bu çizgisini koruyan kararlar veremeye devam etmiştir.³⁹⁹ Örneğin Sağlık Hizmetleri Temel Yasası ile ilgili bir kararında;⁴⁰⁰ mahkeme, demokratik toplum düzeninin gereklerini sadece anayasaca korunan haklarla sınırlı tutmayarak, çağdaş uluslar arası anlayışa uygun bir içerikle düşünmektedir. Bu görüş 13. Maddenin gerekçesindeki sınırlayıcı önlemler.” ... genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır...” biçimindeki açıklamaya uygun düşmektedir.⁴⁰¹

Ancak Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin kapatılması davalarında bu görüşten uzaklaşarak “ siyasi partilerin kurulmaları ve çalışma özgürlüklerinin anayasa ve bu alanı düzenleyen yasa ile sınırlı⁴⁰² “ olduğunu söylemiştir.⁴⁰³

Anayasa Mahkemesi 3005 Sayılı Yasaya göre yapılan suçüstü yargılamada sanığa savunmasını hazırlamak için üç günlük süre verilmesine ilişkin kuralı, savunma hakkının özünü zedeleyen, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşen bir sınırlama kabul etmiş ve hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur.⁴⁰⁴

güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmasıdır.”

³⁹⁸ **Aliefendioğlu**, a.g.e., s. 88

³⁹⁹ **Arslan**, a.g.m.

⁴⁰⁰ AYMK, 19.4.1988, E. 1987/16, K.1988/8

⁴⁰¹ **Aliefendioğlu**, a.g.e. s. 88

⁴⁰² AYMK, (SPK), 10.2.1994, E. 1992/2, K.1994/1

⁴⁰³ A.g.e. s. 89

⁴⁰⁴ AYMK, 16.6.1992, E. 1992/8, K. 1992/39 aktaran **Aliefendioğlu**, a.g.e. s. 89. Karara göre: “Türk Anayasaları da savunma hakkını, hukukun evrensel kurallarına ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak düzenlemiş ve korumuştur. Örneğin, 1924 Anayasası’nın 59. maddesi “Herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir.”, 1961 Anayasası’nın 31. maddesi “Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.”, 1982 Anayasası ise, 36. maddenin birinci fıkrası ile “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” biçiminde kuralları içermektedir. 1961 ve 1982

Anayasa mahkemesine göre hak ve özgürlükler demokrasinin ayrılmaz birer parçasıdır. Yukarıdaki karardan da anlaşılacağı üzere özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalarda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan kısıtlamalardır.⁴⁰⁵

3.6.LAİK CUMHURİYETİN GEREKLERİNE UYGUNLUK

2001 Yılında yapılan değişiklikler ile 13. Maddede yer alan sınırlamanın sınırlarına laik cumhuriyetin gerekleri ölçütü eklenmiştir. Bu ölçüt daha evvel sınırlamanın sınırı olarak Anayasada yer almamıştır.

Öğretide getirilen bu yeni “sınırlamanın sınırı” eleştirilmektedir. Lâikliğin esas itibarıyla, devletin resmî bir dininin olmamasını ve devlet isleri ile din islerinin ayrılmasını gerektiren bir ilke olduğuna, Devlet isleriyle din islerinin ayrılması konusunun ise, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemiyle ilgili olmayacağına dikkat çekilmektedir.⁴⁰⁶

Eleştirilere örnek olarak, Gözler’e göre; “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartlarının düzenlendiği bir maddeye, bir şart olarak “lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartının ilâve edilmesinin mantığını anlamak mümkün değildir. 13’üncü maddede sayılanlar, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken uyulması gerekenler şartlardır. “Lâik Cumhuriyetin gerekleri”

Anayasalarında savunma hakkına ilişkin tek farklılık, 36. maddede “meşru” ve “vasıta” sözcükleri arasında “bütün” nitelemesinin bulunmamasıdır. Ancak bu, anlamı değiştirebilecek bir eksiklik değildir. Çünkü, 36. maddenin gerekçesinde, üzerinde bir ilke olarak durulan “adil ve hakkaniyete uygun. . .” yargılamanın, ancak, “meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle . . .” kullanılacak bir “savunma hakkı” ile anlam ve bütünlük kazanacağı kuşkusuzdur. Böylece, kuramsal planda ya da yorumla varlığı kabul edilen “bütün” sözcüğü, savunma hakkından hiçbir sınırlamaya bağlı tutulmaksızın, eksiksiz yararlanmayı kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında açıkça belirtildiği üzere, “bu konuda yapılacak herhangi bir kısıtlama ve sınırlama bu hakkın doğrudan doğruya özüne dokunur.” (E.1977/43, K.1977/84, AMKD 15, s. 401).

3005 sayılı Yasa’nın itiraz konusu 12. maddesine bu çerçevede bakıldığında, savunma hakkına getirdiği üç günlük süre sınırlamasının, Anayasa’nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı “... demokratik toplum düzeyinin gereklerine aykırı. . .” olduğu sonucuna varılmaktadır.”

⁴⁰⁵ **Gören**, a.g.m. s. 56

⁴⁰⁶ **Gören**, a.g.m. s. 56

kavramı, nasıl olacak da, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir şart olarak rol oynayabilecektir? Lâiklik esas itibarıyla devletin resmî bir dininin olmamasını ve devlet işleri ile din işlerinin ayrılmasını gerektiren bir ilkedir. Devlet işleriyle din işlerinin ayrılmasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemiyle ne gibi bir alakası olabilir? Bunu anlamak mümkün değildir. Kanımca, “lâik Cumhuriyetin gerekleri” kavramı, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi açısından operasyonel bir kavram değildir. Zira lâiklik başka şey, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başka şeydir.

Lâiklik ve temel hak ve hürriyetlere saygı birbirinden tamamıyla bağımsız iki kavramdır. Diğer bir ifadeyle “lâik Cumhuriyet”, “insan haklarına saygılı Cumhuriyet” demek değildir. Bir Cumhuriyetin lâik olması, onun insanların temel hak ve hürriyetlerine saygılı olduğu anlamına gelmez. Eski SSCB şüphesiz ki bir “lâik Cumhuriyet” idi; ama “insan haklarına saygılı bir Cumhuriyet” değildi.

Bu nedenlerle 13’üncü maddenin yeni şekline ilâve edilen “lâik Cumhuriyetin gerekleri” kavramı, anlamsız, gereksiz, kavram kargaşasına yol açmaktan başka bir işe yaramayan bir kavramdır. ⁴⁰⁷

Diğer bir eleştiri Erdoğan’dan gelmektedir; “13. maddede geriye gidiş bile söz konusu: Maddeye 'öze dokunma yasağı' güvencesi eklenmiş ve 'genel sınırlama nedenleri' kaldırılmışsa da, hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak, 'demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamak' kaydı getirilmiştir. Oysa 'laik cumhuriyet' kaydı kişiler lehine güvence teşkil edemez, hatta tam tersi amaca hizmet etme ihtimali var. Çünkü 'laik cumhuriyet' kavramı, Anayasa Mahkemesi dâhil, resmi makamlarca özgürlükçü ve barışçı olarak kavranmıyor. Bu daha ziyade kurulu düzen ve resmi ideolojinin sembolik anlatımından ibarettir ve Türkiye’de haklar çoğu kere bu gerekçeyle kısıtlanır. Nitekim kavrama atıf yapanlar her durumda, bunu hakların daha da sınırlandırılmasını meşrulaştırmak amacıyla yapmaktadır. Türk hukuk uygulamasında, yargı içtihatları dâhil, 'laik cumhuriyet' kavramına kişi hakları lehinde

⁴⁰⁷ **Gözler,** “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın Yeni 13.maddesi Hakkında Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 59, Yıl: 2001/4, s. 53-67, <http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm> (e.t. 12.12.2008)

başvurulduğu örnek bulmak zor ama tersine örnek çoktur. Yine de, yeni metinde 'laik toplum düzeni' yerine 'laik cumhuriyet' teriminin seçilmiş olması daha az kısıtlayıcı. İkincisinin anayasallaştırılması din özgürlükleri bakımından bir felaket olurdu.⁴⁰⁸

Laik cumhuriyetin gerekleri Anayasada tanımlanamamıştır. Ancak Anayasada bu konuda bir takım kurallar yer almıştır. Bu durumda “laik cumhuriyeti” anayasada yer alan biçimiyle anlamak gerekir. Bu hükümlere göre;

- Kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaması.(Başlangıç/5)
- Herkesin vicdan, dinsel inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olması.
- Anayasanın 14. Maddesindeki hükümlere aykırı olmamak koşulu ile ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olması.
- Kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dinsel inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması.
- Din ve ahlak eğitim ve öğreniminin Devletin gözetimi ve denetimi altında yapılabilmesi.
- Kimsenin Devletin sosyal, ekonomik, siyasal veya hukuksal temel düzenini din kurallarına dayandıramaması, dini veya dini duyguları veyahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edememesi.

Durumları laik cumhuriyetin gerekleri olarak sayılabilir. Ancak Anayasada bu özgürlükler ve yasaklar için yeterli koruma varken “laik cumhuriyetin gerekleri” ne göre yapılacak bir ayrımın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına sınır getirici bir ölçüt olarak uygulanması ve kullanılması güç olacaktır.⁴⁰⁹

Diğer bir görüş ise bu laik cumhuriyetin gerekleri ölçütü ile temel hak ve özgürlüklerin, belli bir dini inancı topluma empoze ettirme amacı ile ya da laik

⁴⁰⁸ **Mustafa Erdoğan**, “Anayasa Değişti mi?” Açık Toplum, E-. Dergi, <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me33.htm>, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=18121>, (e.t. 5.1.2009)

⁴⁰⁹ **Aliefendioğlu**, a.g.m.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin dini inançlar karşısındaki objektifliğine ters düşecek şekilde sınırlanması önlenmeğe çalışılmaktadır.⁴¹⁰

Bir başka görüş, Anayasa Mahkemesinin laiklik konusunda verdiği kararlarda ifade edildiği gibi, laikliğin Türkiye Cumhuriyetine özgü bir anlamı olduğunu, laikliğin Türkiye Cumhuriyeti açısından taşıdığı özel önemin, onu Türk demokrasisinin olmazsa olmaz koşulu haline getirdiğini, bu nedenle laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı her sınırlamanın aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı bir sınırlama olarak değerlendirilmesi, laik Cumhuriyetin gereği yapılan her sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴¹¹

Laiklik prensibine ilişkin AYM'nin 1961 AY dönemine ilişkin kararları ile 1982 Anayasası dönemindeki kararları incelendiğinde, laikliğin tanımında içtihatlarının istikrarlı olduğu görülmektedir. AYM kararlarında laiklik ilkesinin Batıda uygulanan biçimiyle, ülkemizde uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiş ve bu, dini ve toplumsal nedenlere bağlanmıştır.⁴¹²

Anayasa mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlardan birinde⁴¹³ laiklik ilkesi şu şekilde özetlenmiştir;

⁴¹⁰ **Erdoğan Teziç**, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 194

⁴¹¹ **Gören**, a.g.m. s. 56

⁴¹² **Bihterin Vural Dinçkol**, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 218-219

⁴¹³ AYMK, 21.10.1971, E. 1970/53, K. 1971/76 bu kararda yer alan geniş açıklamaya göre: Bu açıklamalardan sonra 1961 Anayasasıyla benimsenmiş olan lâiklik ilkesinin anlamının ne olduğu konusunun incelenmesine geçilecektir. Ülkemizde 1961 Anayasasıyla kabul edilmiş plan lâiklik ilkesi, geçirilen tarihi tecrübelerle, devrimlere ulusun dini ve siyasî özelliklerine ve yurdumuz koşullarına uygun bir anlam taşımaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan lâiklik ilkesi, Devletin niteliklerinden birini açıklar ve belirler. Buradaki lâiklik ilkesinin kavramını saptamak için Anayasanın konu ile yakın ilgisi bulunan, Özellikle başlangıç bölümünün, 2., 19., 153. ve 154. maddelerinin ışığı altında inceleme yapılması ve Anayasa koyucunun kastettiği anlamın araştırılıp tartışılması uygun olacaktır, 1- Anayasa'nın 153. maddesinde, bu Anayasa'nın hiçbir hükmünün Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını günden, madde metninde gösterilmiş devrim kanunlarının, bu Anayasa'nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa'ya aylan olduğu şekilde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı belirlenerek böylece lâik Devlet düzeninin korunması hedef tutulmuş bulunmaktadır. 1961 Anayasasıyla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk Ulusunun daima

yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu esasların Anayasa'da yer alması, az önce açıklanan, ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğunu, Anayasa'da benimsenmiş lâiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana ereğin Anayasa'da öngörülen bir çok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatır. 2- Anayasa'nın, lâiklik ilkesinin esaslarını saptayan ve düşünce ve inanç hak ve hürriyetlerini belirleyen 19. maddesinin birinci fıkrasında, ferdin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde sınırsız bir hürriyet tanınmış, üçüncü ye dördüncü fıkralarla da (Kimsenin ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamayacağı ve kimsenin dinî inanç ve kanaatlarından dolayı kınanamayacağı ve dinî eğitim ve öğrenimin ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanunî temsilcilerinin isteğine bağlı bulunduğu) açıklanmıştır. Lâiklik ilkesinin önemli esaslarından olan bu hükümler din aynını gözetmeksizin herkesi kapsamakta bulunmuş ve böylece din hürriyeti Anayasa inancası altına alınmıştır.

3- Ancak toplum hayatına etkili olabilecek ilişkilerde ölçsüz hak ve sınırsız hürriyet düşünölmeyeceğinden din hürriyetinden doğan hakların da bireyin manevî hayatı alanından taşıp toplum alanına ve toplumun huzurunu ve çıkarlarını tahdit eden eylem ve davranışlara dönüşmesinin, milletin çıkarlarını ve huzurunu korumakla yükümlü olan Devletçe önlenmesi zorunludur. Bu nedenle din hürriyetinin bu bölümünün, her toplumsal müessesede olduğu gibi, sınırlamalara tabi tutulmak zorunluluğu karşısında 19. maddenin ikinci fıkrasıyla dînin, bireyin manevî hayatının sınırını aşan, toplumsal bir nitelik alan ibadet, dinî âyin ve törenler kamu düzenine veya genel ahlâka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmamak şartıyla serbest bırakılmıştır.

19. maddenin beşinci fıkrasında da kimsenin, Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırmaya veya siyasî veya şahsî çıkar veya nüfuz sağlama amacıyle her ne suretle olursa olsun, dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şartıyla istismar edemeyeceği, kötüye kullanmayacağı açıklanmış ve yasak dışına çıkanlar için yaptırımlar konulmuştur.

Gerçekten tarihimizde görölmüştür ki, Devletin dine bağlı olduğu Osmanlı imparatorluğunda, din hürriyetinin sınırlandırıldığı devirlerde din toplum hayatının bütün alanlarına, Devletin karar ve hareketlerine daima müdahale etmiş ve dinin sömürölmesi, kötüye kullanılması dinî taassubun son derecelere ulaşması yüzünden, medeniyetin ilerleme aşamalarında ortaya çıkan her icad ve yeni buluş dine aykırı olduğu fetvaları ile karşılaşmış; hatta bu fetvalar düşman istilasına uğrayan vatani kurtarma çabalarını engelliyecek derecelere kadar varan tehlikelere yol açmıştır. Bu yüzden toplumumuzun gelişmesi için en lüzumlu icadlar bile yıllarca ve hatta bazan yüzyıllarca sonra ölkemize sokulabilmiş; böylece medeniyetin ilerleyişine ayak uydurulamamış, bunun sonucu olarak da Devlet, zaafa ve gerilemelere uğrayarak Osmanlı imparatorluğunun son yıllarında parçalanmalara kadar sürüklenmiştir. Bugün dahi kimi kimselerin dinî kötüye kullanmakta ve sömürmekte oldukları acı tecrübelerle anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle Anayasa Koyucu din hürriyetinde bu biçimde sınırlamaları öngörmek zorunda kalmıştır.

4- Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası, aynı zamanda lâiklik ilkesinin anlamını tayin eden hükümler de getirmiştir. Bu fıkra da Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzeninin kısmen de olsa din kurallarına dayandırılmayacağı hükmü kabul edilmiş bulunmaktadır. Hüküm Anayasa'daki lâiklik ilkesinin, dinin Devletin işlerine karışlamayacağı anlamında olduğunu açıkça göstermektedir. Bizde din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılığının anlamı budur. Anayasa'nın 2. maddesine ilişkin gerekçede yer alan "Türkiye Cumhuriyeti lâiktir. Dinin Devlet işlerine karışmasını ve hukukun aklî olmayan (Naklî) kaynakların tesiri altında bulunmasını reddeder. Bunun dinî inkâr manasına gelmediği, ancak dinin fertlerin vicdanına terk edildiğini ifade ettiği şüphesizdir) biçimindeki sözler dahi Anayasa Koyucunun bu kasdını pekiştirmektedir.

5- Yukarıki bentte açıklanan nedenlere dayanan zorunluluklar karşısında Anayasamızda din ve Devlet ilişkileri tayin edilirken din hürriyetinin, bireyin manevî hayatına ilişkin olanlarının dışındaki bölümleri için birtakım sınırlamalar getirilmiş ve kurulmuş olan lâik devlet düzenini korumak üzere yaptırımlar konulmuştur. Bunların sonucu olarak Devlete din hürriyeti üzerinde bir denetim yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Bu yetki, din ayrımı gözetilmeksizin, bireylerin dinî inançlara tecavüzlerini önleyici tedbirler almak ve ibadetlerin, dinî âyin ve törenlerin kamu düzenine veya genel ahlâka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olup olmadığını izlemek, dinî sömürmeyi ve kötüye kullanmaları ve dinî taassubu önlemek gibi biçimlerde kendini göstermektedir. Böylece, Türkiye Cumhuriyeti

“ Özetlemek gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilen lâiklik ilkesi: Özellikle;

a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,

b) Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümü de aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma,

c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir.”

3.7.ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

3.7.1. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi yatmaktadır. Bu ilkenin temelindeki düşünce, hukukun kendisi kadar eskidir. Ancak günümüzdeki anlamıyla ölçülülük ilkesi ilk defa 19. Yüzyılda Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Başlangıçta polis hukuku alanında etkili olan bu ilke zamanla idare hukuku alanına buradan da anayasa hukuku alanına geçmiştir. Ölçülülük ilkesinin klasik kullanım alanı idare hukuku olmakla birlikte, anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra anayasa hukukunda

Anayasasında yer alan ve (Türk Ulusunun daima yücelmesi), (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) deyimlerinde ifadesini bulan ana ereğin gerçekleştirilmesi mümkün görülmüştür.

giderek yaygınlık kazanmış ve günümüzde en çok kullanılan ve en önemli anayasal ölçüt haline gelmiştir.⁴¹⁴

Ölçülülük ilkesi başta Almanya ve İsviçre olmak üzere yoğun bir şekilde kullanıldığı devletlerde devletin bütün faaliyetlerinde geçerli bir ilkedir. Buna göre yasama yürütme ve yargı organlarının işlemleri ölçülülük ilkesine uymak zorundadır. Ancak ölçülülük ilkesinin asıl uygulama alanı temel hak ve özgürlüklerdir. İlke temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırlamanın sınırını teşkil eder. Hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir işlev üstlenen ölçülülük ilkesi, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin yalnızca yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda bireysel hakların mümkün olduğu kadar korunarak kalması gerektiğini ifade eder ölçülülük ilkesinin amacı ve işlevi, kamu gücünü sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır.⁴¹⁵

Ölçülülük ilkesi, temel hakların somut olarak sınırlandırılmasını belli rasyonel ilkelere bağlamak suretiyle bir yandan hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmekte, öte yandan temel hak ve özgürlükleri koruyarak yine hukuk devletinin önemli bir unsuru olan devlete karşı temel hak ve özgürlükler düşüncesinin somutlaşmasına hizmet etmektedir.⁴¹⁶

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütlerinden biri olan ölçülülük ilkesi, amaç ile araç arasında ölçülü bir bağlantı kurulmasını ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesi, özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olması mantığına dayanır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Koruma mekanizmasında buna aynı anlama gelmek üzere “orantılılık” denmektedir.⁴¹⁷ Ölçülülük ilkesi başta Federal Alman Anayasa Hukukunda olmak üzere ABD ve AİHS gibi demokrasi anlayışının gelişmiş olduğu devlet ve uluslar arası sözleşmelerde kullanım alanı bulmuştur.

⁴¹⁴ **Yüksel Metin**, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002, s. 19

⁴¹⁵ A.g.e. s. 20

⁴¹⁶ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 118

⁴¹⁷ **Tanör-Yüzbaşıoğlu**, a.g.e. s. 152

ABD Yüksek Mahkemesi, İngilizlerin Magna Carta' sının 19 maddesinden alınan ve anlamı genişletilerek Anayasada yer alan “uygun hukuksal yöntem” ilkesinden yararlanarak ölçülülük ilkesini uygulamaya koymuştur. Bu ilkeye göre mahkeme, getirilen sınırlamanın ölçülü olması, sınırlama ile araç arasındaki akla uygun bir ilişki bulunması, sınırlamanın genel yararı sağlamada gerekli olması, getirilen sınırlama ile kamuya sağlanan yarar arasında denge bulunması, açıklık koşullarını aramıştır.⁴¹⁸

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ise hukuk devleti anlayışından benzer ölçütler geliştirmiştir. Mahkemeye göre yasa koyucu tarafından kullanılan aracın, istenilen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması gerekir. Mahkeme bu kararında ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik unsurlarını belirlemiştir. Mahkeme, ölçülülük ilkesine hukuk devletinin temel kavramları arasında yer vermektedir. Mahkemeye göre ölçülülük ilkesinin işlevi, kişinin temel haklarının korunması ile getirilen sınırlamadan beklenen kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulmasını sağlamaktır. Mahkemeye göre seçilen araçlar, istenilen sonuçla makul bir ilişki içinde bulunmalıdır. Buna göre kişinin yurt dışına çıkarılmamayla ilgili kuralların uygulanmasında, kuralların koyduğu kamu menfaati ile yurtdışına çıkarılmanın, bireyin ekonomik, mesleki ve kişisel varlığı, yurtdışına gitmek istemeyen karısı ile olan evliliği ve öteki sosyal ilişkiler yönünden doğuracağı olumsuz etkiler arasında bir denge kurulması gerekir.⁴¹⁹

Alman doktrini ve uygulaması ölçülülük ilkesini, sonuç olarak, anayasal derecede olan bireyin ve kamunun, devletin ve idarenin, hukuk ve menfaatlerin konumları arasındaki kaidesel uyumsuzlukları çözen, idarenin ve yasa koyucunun takdir yetkilerine dizgin koyan ve yargısal denetim sıklığını artıran genel bir hukuk ilkesi olarak kabul etmektedir.⁴²⁰

Avrupa Birliği hukuku kapsamında ATAD, ölçülülük ilkesini, bireyi korumasına karşın öznel bir hak oluşturmeyen genel bir hukuk ilkesi olarak kabul

⁴¹⁸ Aliefendioğlu, a.g.e. s. 89

⁴¹⁹ A.g.e. s. 90

⁴²⁰ Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği” Anayasa Yargısı, Sayı:10, (1993) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg10/crumpf.pdf> (e.t. 18.11.2008)

etmektedir.⁴²¹ Divana göre ölçülülük ilkesi, bireyin temel haklarına sınırlama getirilmesine izin vermemesine karşın temel hakkın kaldırılmasına ve özüne dokunulmasına olanak tanımaz. Ölçülülük ilkesinin, gereklilik, elverişlilik ve orancılık unsurları, Adalet Divanı tarafından da ölçü olarak kullanılmaktadır.⁴²²

AİHS’ndeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını belirleyen “demokratik toplumun gerekleri” kuralı ölçülülük ilkesinin gereklilik unsurunu içermektedir. Bu ilke ulusal yasa koyucuya sınırlamanın ölçülülüğü bağlamında, güvencede olması gereken bireysel yararlarla sınırlama dolayısıyla söz konusu olan kamu yararı arasında bir denge kurması görevini yüklemektedir.⁴²³

Ölçülülük ilkesi sınırlamanın sınırları içinde en önemli olanıdır. Ölçülülük İlkesinin meşruluğu, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ölçülülük ilkesi, araç ile amaç arasında mantıklı bir ilişki istemektedir. Amaç çok genel nitelikte örneğin güvenliğin korunması, genel sağlığın korunması gibi, tutulmamalıdır. “Büyük gösterilerden doğacak zararları önlemek için” gibi somut olarak belirlenmelidir. Amaç ne kadar somut olarak gösterilirse, ölçülülük ilkesinin öğelerinden biri olan zorunluluğun varlığı o kadar çok kabul edilir. Çünkü çok özel bir amaca ulaşmak için çoğunlukla başka bir alternatif, yani daha ılımlı bir araç yoktur. Örneğin erkek ve kadının ortak bir aile ismi taşımasını aşağıdaki amaçlar gerekli gösterebilir:

a) Aile birliğini bir şekilde desteklemek (çok geniş amaç)

b) Aile birliğini dışarıdan belirgin kılmak (geniş amaç)

c) Aile birliğini ortak bir isim kullanarak belirgin kılmak (dar amaç).

Ülkedeki geleneklere bağlı kalmak amaca eklenecek olursa, sadece bir tek araç söz konusu olabilir: Erkeğin ismini aile ismi olarak kabul etmek.⁴²⁴

Gerek Federal Alman ve Türk Anayasa mahkemelerinde ve gerekse doktrinde kabul edilen görüşe göre ölçülülük ilkesinin üç alt ana ilkesi vardır. Bunlar; başvuru aracı, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması olarak tanımlanan elverişlilik ilkesi, yine aynı aracı, sınırlama amacı açısından gerekli

⁴²¹ ATAD 13.11.1973, E.63-69/72 aktaran **Aliefendioğlu**, a.g.e. s. 91

⁴²² **Aliefendioğlu**, a.g.e. s. 91

⁴²³ Gös. Yer.

⁴²⁴ **Gören** a.g.m.

olmasını söyleyen zorunluluk ilkesi ve araç ve amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını söyleyen oranlılık ilkeleridir.⁴²⁵

3.7.2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri

3.7.2.1.Elverişlilik

Elverişlilik ilkesi alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılmasını, yani tedbirin ulaşmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. Dolayısıyla denetim konusu, tedbirin amaca uygunluğu ya da elverişliliği olmaktadır. Bireylere yükümlülük getiren devlet tedbirleri kural olarak kamu yararı bulunan somut bir amaç güder. Kanunun öngördüğü tedbirler ise kanun koyucunun güttüğü amaca erişmek için kullanılabilir. Yani elverişli olmak zorundadır.⁴²⁶

Bu ilkeye göre devlet tarafından alınan bir tedbirin yardımıyla istenilen neticeye ulaşılabiliriyorsa, bu halde alınan tedbir meşru demektir. Elverişlilik ilkesinde bir amaç-arac ilişkisinin değerlendirilmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle kullanılan aracın güdülen amacı gerçekleştirmeye gerçekten uygun olup olmadığı araştırılır. Burada hangi hukuki değer nasıl bir ağırlığa sahip olduğundan bağımsız bir şekilde sonuçlandırılması vardır. Yani şekli bir mukayese söz konusudur, hukuki değerlerin kıymeti ve önemi dikkate alınmaz.⁴²⁷

Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına göre sınırlamayı oluşturan bir yasal önlemin, sınırlama amacı açısından elverişli sayılabilmesi için bu yasal önlemin istenilen sonuca bir katkı getirmesi gerekir. Buradan bu aracın amacı tam olarak gerçekleştirmesi gerekmeyip kısmen gerçekleştirmesinin yeterli olduğunu çıkarabiliriz. Diğer taraftan alınan önlemin, yasa hazırlığı sırasında mevcut ortamın yasa koyucu için mümkün olan değerlendirmesine göre, amaca ulaşmaya elverişli

⁴²⁵ F. Sağlam, a.g.e. s. 114

⁴²⁶ Metin, a.g.e. s. 26

⁴²⁷ A.g.e. s. 27

gözükmesi de yeterli sayılmıştır. Böylece yasa koyucuya bir yanılma payı bırakılmış olmaktadır.⁴²⁸

3.7.2.2. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin kullanılmasında ikinci adım olan gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Birçok mümkün ve elverişli araç arasından bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir.⁴²⁹

Seçilen araçların eşit etkiye sahip olduğu sorusu, Alman Anayasa Mahkemesinde her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmektedir. Örneğin hayvan hastalıklarına ilişkin ilaçların gezici tacirlerce sipariş toplama yoluyla satılmasını yasaklayan bir hükmü, Alman Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, bu yasağın yöneldiği insan sağlığının korunması amacı, meslek özgürlüğünü daha az sınırlayacak bir hükümle de aynı derecede sağlanabilir. Örneğin gezici tacirce sipariş toplamanın yalnızca reçeteye tabi ilaçlarda yasaklanması ile halk sağlığını tehdit eden tehlikeleri önlemek mümkündür.⁴³⁰

3.7.2.3. Oranlılık

Alman Anayasa Mahkemesi oranlılık ilkesini çoğu kez, belli bir yasal önlemin, yöneldiği kişiye ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi, onun için beklenmedik bir nitelikte olmaması şeklinde tanımlamaktadır. Ancak burada kastedilen şey yasa koyucuya getirilmiş mutlak bir sınırlama engeli değildir. Gereklilik ilkesinde sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasında bir ilişki söz konusu iken oranlılık ilkesinde iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusudur. Bu da ilkenin aslında nispi bir ölçüt

⁴²⁸ F. Sağlam, a.g.e. s. 114

⁴²⁹ Metin, a.g.e. s. 30

⁴³⁰ BVerfGe 17, s. 279 aktaran F. Sağlam, a.g.e. s. 115

sağlandığını göstermektedir. Yani amaç ve araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır.⁴³¹

Herhangi bir amaç için alınmış olan elverişli ve gerekli bir tedbirin, tedbire bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajlar ile ölçüsüz bir oran içinde bulunup bulunmadığı denetim aşamasında değerlendirilir. Bu denetim elverişlilik ve Greklilik ilkelerinde olduğu gibi, araç- amaç ilişkisi açısından sonuçlandırılmaz, aksine ilk aşamada ilgililer açısından yaklaşılr ve değerler tartısı çerçevesinde amacın meşruluğu sorgulanır. Bu inceleme sonucunda ilgililerin aleyhine olarak müdahale amacıyla müdahalenin sonuçları arasında nitelikli bir orantısızlığın bulunduğu tespit edildiğinde, tedbir dar anlamda ölçüsüzdür. Orantılılık ilkesi, bir tarafta kamu yararına dayanan bir yasama veya yürütme tedbiri, diğer tarafta alınan tedbirin hukuken korunan bireysel pozisyonlar üzerindeki olumsuz etkisi örneğinde olduğu gibi, çatışan menfaatler arasında yapılacak bir değerler tartısıyla şekillenir.⁴³²

3.7.3. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Temeli

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 13. Maddesinde, Anayasanın bu maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar açıkça yer almamaktaydı. Buna rağmen 1982 Anayasası döneminde (3 Ekim 2001 tarihine kadar) doktrin ve Anayasa Mahkemesi sanki 13'üncü maddede böyle bir ilke varmış gibi bu ölçülülük ilkesinden bahsetmişlerdir.⁴³³ Buradan bu ilkenin dolaylı olarak tanındığı söylenebilir. Doktrinde ölçülülük ilkesinin hukuki temelini açıklamak üzere çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Buna karşılık 4709 Sayılı Kanun ile değiştirilen yeni 13. Madde, ölçülülük ilkesini açıkça düzenlemekle ortaya çıkan bu tartışmalara son vermiştir.⁴³⁴

1961 Anayasasında ölçülülük ilkesi hakkında açık bir hüküm yer almamasına karşın hukuk devleti anlayışının doğal bir uzantısı olarak Anayasa Mahkemesince

⁴³¹ F. Sağlam, a.g.e. s. 116

⁴³² Metin, a.g.e. s. 37

⁴³³ Gözler, "Anayasa Değişikliğinin..."

⁴³⁴ Metin, a.g.e. 209

kullanılmıştır.⁴³⁵ Bu dönemde doktrinde ölçülülük ilkesinin kullanılması ve geçerliliğini açıklayan, en uygun pozitif temel hukuk devleti ilkesi olarak belirtilmiştir. 1961 Anayasasının başlangıç bölümü ile 2. Maddesinde devletin temel nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesi, ayrıca çeşitli Anayasa hükümlerinde de somut ifadesini bulduğu gibi, mahkeme içtihatları ve doktrin işbirliği ile giderek somutlaştırılmaya elverişli bir temel ilke niteliğini taşımaktadır.⁴³⁶

1982 Anayasasında da 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar ölçülülük ilkesi Anayasada açıkça tanınmış değildi. Ancak AYM ölçülülük ilkesini dikkate alır tarzda kararlar vermiştir. Verilen bu kararların Anayasada yer alan dolaylı ifadeleri bulunmaktaydı. Bunları üç noktada toplamak mümkündür.⁴³⁷

Birincisi değişiklik öncesi 13. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan “temel hak ve özgürlükler ile ilgili genel ve özel sınırlamalar...öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz” hükmü ölçülülük ilkesini çağrıştırmaktadır.⁴³⁸

Bir görüşe göre bu hüküm, bir temel hak ve özgürlüğün öngörülen amaç ileri sürülerek bir başka amaca ulaşmak için sınırlanamayacağı, sınırlamanın amacın zorunlu kıldığından ve gerektirdiğinden fazla olamayacağı anlamına gelmektedir ki, bu da ölçülülük ilkesinden başka bir şey değildir.⁴³⁹

Ancak karşıt görüş olarak Gözler’e göre; “3’üncü maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu hükmün, ölçülülük ilkesine temel oluşturabilmesi için, öncelikle,

(1) “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz” önermesinden

(2) “sınırlandırmada başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli

⁴³⁵ **Burhan Kuzu**, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990, s. 236

⁴³⁶ **F. Sağlam**, a.g.e. s. 118

⁴³⁷ **Tanör-Yüzbaşıoğlu**, a.g.e. s. 152

⁴³⁸ Gös. Yer.

⁴³⁹ **Günday**, a.g.e. (1999 basım), s. 207

olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekir” önermesinin,

Nasıl çıkarıldığıının ispat edilmesi gerekir. Biz birinci önermeden ikinci önermeyi istihraç etmeyi başaramadık. Yukarıdaki görüşü savunan yazarlarda da bu yolda bir ispata rastlayamadık. “

“Kanımızca, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” şeklindeki hüküm, yukarıda gördüğümüz gibi, belli bir amaçla yapılan sınırlamanın başka bir amaçla kullanılmasını, yani yetki saptırmasını yasaklamaktadır; başka bir şeyi değil.”⁴⁴⁰

İkinci dayanak Anayasanın olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasını düzenlediği 15. Maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrasında “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile durdurma veya aykırı önlemler “durumun gerektirdiği ölçüde” olmak zorundadır. Yani ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasında ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerektiği hem doktrin hem de yargı içtihatlarınca kabul edilmektedir.⁴⁴¹

Bu şekilde olağanüstü yönetimler altında bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına, ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” izin verildiğine göre, bunun normal zamanlarda evleviyetle, haydi haydi geçerli olması gerekmektedir.⁴⁴²

Yine karşıt görüş olarak Gözler’e göre;

⁴⁴⁰ Gözler, a.g.e. s.248-249

⁴⁴¹ Metin, a.g.e. s. 214

⁴⁴² Tanör-Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s.152, Özbudun, a.g.e. s. 81

“Özbudun’un ispatı biçimsel olarak geçerli görünmektedir. Yazarın bu ispatı, “evleviyet (argumentum a fortiori)” yolunu kullanarak yaptığı anlaşılmaktadır. Ne var ki, kanımızca, burada argumentum a fortiori yolu kullanılmaz. Çünkü Anayasanın 13 ve 15’inci maddeleri birbirine alternatif iki sınırlama sistemi öngörmüştür. Olağan dönemlerde 13’üncü, olağanüstü dönemlerde ise 15’inci madde uygulanır. Bu iki sistem birbirinden ayrı, birbirinden bağımsız sistemlerdir. Ne m.15, m.13’e göre, ne de m.15, m.13’e göre ek imkânlar veya şartlar getirmektedir. Ortada birbirine göre, daha büyük-daha küçük; daha ağır-daha hafif düzenlemeler getiren iki madde değil, birbirinden bağımsız sistemler getiren iki ayrı madde söz konusudur. O halde m.13 ve m.15 arasında a maiore ad minus veya a minori ad minus ilişkisi yoktur. Böyle bir ilişki söz konusu olmadan da argumentum a fortiori kuralıyla akıl yürütme yapılamaz.”⁴⁴³

Üçüncü dayanak ise Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde bu konuya ilişkin açıklıktır. “Maddenin (md. 13) ikinci fıkrası(...) hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğunu, bin netice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğünü vurgulamaktadır. Şu halde, öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır.”⁴⁴⁴

4709 Sayılı Kanun ile 13. Maddeye ölçülülük ilkesinin eklenmesiyle literatürde oluşan dayanak tartışmaları son bulmuştur.

3.7.4. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle pozitif bir temel kazanmıştır. Buna rağmen bu ilke ilk yıllarda AYM içtihatlarında fazla yer almamıştır. Başka bir deyişle, ölçülülük ilkesi Anayasaya uygunluk denetiminde ilk başlarda eskiye oranla farklı ve daha geniş bir kullanım alanı bulmamıştır. Ancak AYM’nin bu

⁴⁴³ Gözler, a.g.e. s. 249-250

⁴⁴⁴ Tanör-Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s. 152-153

tutumu fazla sürmemiş kısa bir süre sonra kararlarında ölçülülük ilkesine yer vermeye başlamıştır.⁴⁴⁵

Ölçülülük ilkesi 1982 Anayasası döneminde AYM tarafından demokratik toplum düzeni ve hukuk devleti kavramlarının uzantısı olarak görülmüştür.⁴⁴⁶ Mahkemeye göre; “Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnâ olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır.”⁴⁴⁷

Ölçülülük ilkesi ile ilgili içtihatların yerleştirilmesine yönelik önemli bir karar 1989 yılında Avukatlık Kanunu hakkında verilen bir karardır.⁴⁴⁸ Buna göre: “İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik” sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gereklilik”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.”⁴⁴⁹

Mahkeme kimi kararlarında, amaç ile araç arasında ölçüsüz bir oranın bulunup bulunmadığını tartışmıştır.⁴⁵⁰ Mahkemenin bir başka kararında da⁴⁵¹

⁴⁴⁵ **Metin**, a.g.e. s. 215

⁴⁴⁶ Gös. Yer.

⁴⁴⁷ AYMK, 26.11.1986, E. 1985/8, K.1986/27

⁴⁴⁸ **Rumpf**, a.g.m.

⁴⁴⁹ AYMK, 23.6.1989, E. 1988/50, K.1989/27

⁴⁵⁰ AYMK, 11.12.1990, E.1989/17, K.1990/33

⁴⁵¹ AYMK, 14.6.1988, E. 1988/14, K.1988/18

sınırlamanın, makul ve kabul edilebilir bir ölçü aşılmadıkça Anayasaya aykırılığı söz konusu olmaz denilmektedir.⁴⁵²

AYM Terörle Mücadele Hakkında Kanun ile ilgili kararında ölçülülük ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında bağlantı kurmuştur. Buna göre; “Böylece 6. maddede öngörülen bu suçun mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler veya yeni yayına giren mevkutelerle işlenmesi durumunda verilecek ceza ile önceden yayımlanmakta olan bir mevkuteyle işlenmesi durumunda verilecek ceza arasında ortaya çıkan ve haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.”⁴⁵³

Bu cümle ile AYM, oranlılık ile eşitlik ilkelerini aynı bağlamda kullanıp, ölçülülük ilkesinin eşitlik ilkesiyle nasıl bir bağlantısı olduğunu irdelememiştir. Böylece ölçülülük ilkesinin yeni bir yönü ortaya çıkmış olmaktadır. Bu yön somutlaştırılmak suretiyle sağlam bir temele oturtulabilir.⁴⁵⁴

⁴⁵² Aliefendioğlu, a.g.m.

⁴⁵³ AYMK, 31.3.1992, E. 1991/18, K.1992/20

⁴⁵⁴ Rumpf, a.g.m.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hak ve özgürlükler başta olmak üzere demokrasi bağlamında Türk Anayasa tarihinde 1961 Anayasası bilimsel camianın önemli bir çoğunluğu tarafından ilerici bir anlayışın ürünü olduğu, özgürlük-otorite dengesinde tercihin özgürlüklerden yana kullanıldığı çağdaş, demokratik bir anlayışı temsil etmekteydi. Ancak 1961 Anayasasına hâkim olan özgürlük-otorite dengesindeki özgürlükçü yaklaşım, bu anayasanın ruhuna uymayacak şekilde yapılan değişikliklerle kesintilere uğramıştır. 1961 Anayasasında gerçekleştirilen değişikliklerin yönü özgürlükten otoriteye doğru olmuştur. Özellikle 1971 ve 1973 değişiklikleri Anayasanın özgürlükler konusundaki yaklaşımını epeyce aşındırmıştır. Bu aşınmayı sağlayan değişikliklerden önemli olanları MGK'nın konumunun güçlendirilmesi ve Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesine yarayan, sistem itibarıyla da keyfi uygulamalara sahne olabilecek bir karakteri olan genel sınırlama nedenlerinin Anayasaya eklenmesidir.

Bilindiği gibi 1961 Anayasasına değişikliklerle yerleştirilmeye çalışılan ve eğimi otoriteye doğru olan anlayış, 1982 Anayasasında da devam etmiştir. Hatta genel sınırlama sisteminin getirilmesi hususundan hareket edersek 1971 değişikliğini gerçekleştiren iradenin getirmek istediği genel sınırlama sistemi, yeterli açıklıkla yapılamadığı gerekçesiyle düşünürlerin bir kısmı tarafından, getirilmek istenen sistemin dışında farklı yönlere çekilebilen bir yapı arz ederken, 1982 Anayasası, ortaya çıkan bu tartışmaları önleyecek kesinliktedir. Böylece 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükler için getirdiği düzenleme ile 1961 Anayasasının kademeli-farklılaştırılmış sınırlama sisteminden genel sınırlama sistemine geçiş sağlanmış olmaktadır.

1982 Anayasası özgürlükler konusunda önce temel hak ve hürriyetleri belirtip ardından onlara sınırlama, kullanımını durdurma şeklinde ve bir hayli fazla olduğu gözlenen istisnalar getirmiştir. Bunların yanında bütün hak ve özgürlüklerin

sınırlanabilmesine olanak veren genel sınırlama sebepleri eklenmesiyle asıl olması gereken özgürlüklere istisna statüsü vermiştir. Bu ve buna benzer yönleri ile 1982 Anayasasına “tepkisel” bir anayasa olduğu yönünde eleştiriler getirilmiştir. 12 Eylül Darbesinin bir ürünü olan 1982 Anayasasının otoriter ve sınırlayıcı yaklaşımının karşısında 1961 Anayasasının getirdiği özgürlükçü ortamın akademik ve hukuki çevrelerce aranması bu eleştirilerin sürekli devam etmesine ve anayasanın bir an evvel değiştirilmesi yönündeki taleplerin de artmasına neden olmuştur.

Kuşkusuz 1961 Anayasasının getirmiş olduğu olumlu addedilen özgürlükçü havanın aranması 1982 Anayasanın değiştirilmesi gerektiği yönündeki talebin tek başına nedeni değildir. Bu yönde daha önemli sayılabilecek bir neden de Türkiye’nin Avrupa Birliği sürecidir. 2. Dünya Savaşı sonunda yıkıma ve yıpranmaya uğrayan Avrupa Devletleri, Avrupa Birliği projesi olarak adlandırılan tek bir çatı altında bir araya gelme süreci içine girmişlerdir. Türkiye bu oluşuma daha başlardan itibaren girme girişimlerinde bulunmuştur. Batı ile bütünleşme olgusu Türk Anayasa tarihinde itici güç olarak görülebilecek bir etkidir. Bu nedenle anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerde batılılaşma olgusunun 1982 Anayasası göz önüne alındığında özellikle 1980’lerden sonra tekrar önen kazanan Avrupa Birliği süreci ve ona entegrasyonun etkilerini yoğun bir şekilde görmek mümkündür. Hatta değişikliklerin dinamiklerini oluşturma açısından dış dinamiklerin yani Avrupa Birliği sürecinin ülkenin iç dinamiklerden daha etkin ve işlevsel olduğu söylenebilir. 1982 Anayasasında ve birçok yasada Avrupa Birliğine üyelik hedefi doğrultusunda birliğin temeli niteliğinde olan demokrasi, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü ölçütlerine uyum sağlanması gerekliliği ile birçok değişiklik yapılmıştır. Anayasa’nın 1995, 2001 ve 2004 değişiklikleri bu değişikliklerden kapsamlı ve önemli olanlarıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin genel rejimi ve sınırlandırılması gibi özgürlükleri ilgilendiren hususlarda yapılan ve bu çalışmada da üzerinde durulan değişiklik 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişikliktir. Bu bağlamda, kamulaştırma bedellerinin peşin ödenmesi, kadın erkek eşitliği, çalışanların ve işsizlerin devlet korunmasına alınması, asgari ücretin belirlenmesinde yapılan değişiklikler, taksirli suçlardan hükümlü olanların oy kullanmasının sağlanması, siyasi partilerin kapatılmasını gerektiren suç odağı olma halinin tanımlanması, kapatma yerine partinin

tamamen veya kısmen devlet yardımından mahrum bırakılması, gibi ve özellikle genel sınırlama sebeplerinin 13. Madde metninden çıkartılması AB' uyum kapsamında yapılan olumlu değişikliklerdir.

Yapılan bu değişikliklerin 1961 Anayasasında yapılan değişikliklerin tam tersi istikamette, yani otoriteden özgürlüğe doğru yapıldığını söyleyebiliriz. Ancak AB ile uyum kapsamında özgürlüklerden yana genişleme niteliği taşıyan bu değişikliğin genel olarak olumlu kabul edilmesine karşın, iç hukuktaki uyum ve uygulama yönlerinden ortaya muhtemel bazı sorunlar çıkarabilecek eksiklikleri bulunmaktadır. Bu eksiklerden bir tanesi bilindiği gibi genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasıyla 13. Madde de yer alan sınırlama nedenleri tek tek hak ve özgürlüklerin ilgili maddelerine dağıtılmıştır. Ancak bu işlem için gerekli ön çalışma tam manasıyla yapılamamıştır. Burada yapılması gereken her hak ve özgürlüğün niteliğine ve nesnel sınırlılığının iyi değerlendirilip ona uygun sınırlama sebeplerinin maddeye konmasıdır. Bu sayede AİHS ile de uyumlu hale getirilen kademeli sınırlama anlayışını kendi içerisinde tutarlı hale getirmek mümkün olacaktır.

Bir diğer sorun da genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ve ilgili maddelerinde de özel sınırlama nedenlerine yer verilmeyen yani hiçbir sınırlama nedeni öngörülmeleyen hak ve özgürlüklerin sınırsız kalacağı görüşüdür. Bazı yazarlarca bu önemli bir sorun olarak görülmüş ve genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasının yanlış bir tercih olduğuna hükmetmişlerdir. Bu soruna cevap olarak yine bazı yazarlar tarafından maddesinde hiçbir sınırlama sebebine yer verilmeyen hak ve özgürlüklerin nesnel sınırlılık ve norm alanı denklemiyle çözülmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Zira özgürlüğün sınırsız kalacağını söylemek Anayasa literatüründe prensip olan sınırsız hürriyetin mümkün olmamasıyla çelişen bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle bu gibi maddelerde norm alanı ve nesnel sınırlılık ilkeleri ile çözüme gitmek daha uygun görünmektedir.

Kuşkusuz ivedilikle yapılması hasebiyle bazı eksiklikleri bulunan bu değişikliğin getirdiği yeni sistemin getirilen sistemin, öz güvencesi, demokratik toplum gerekleri ölçütü ve ölçülülük ilkelerinin bir birleriyle olan ilişkilerini ve yorumlanmalarını da eklersek, iç hukuk ile uyumu ve tutarlılığı konusunda üzerine

görev düşen kurumlar Anayasa Mahkemesi ve yasama organı olacaktır. Genel anlamda olumlu olarak görülen bu değişikliğin iç hukuk ile olan uyumunun sağlanması, Türkiye'nin AB hedefinin gerçekleşmesine dahi demokratikleşme hedefinde kazanımların elde edildiği yönünde olumlu bir kanaatin oluşmasına neden olacaktır.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet , Dinçkol(Vural), Bihterin, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul: Der yay., 2000

Akgündüz, Ahmet, “Osmanlı Devletinde İnsanı İnsan Yapan Şahsi Hak Ve Hürriyetlerin Korunması Ve Güvenlik İlkesi” <http://www.osmanli.org.tr/yazi-1-26.html> (s.e. 5.9.2008)

Akın, İlhan, *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul: 1971

Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996

Aliefendioğlu, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasına Getirdiği Yeni Boyut” *Anayasa Yargısı*, Sayı: 19, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg19/aliefendioglu.pdf> (s.e. 13.12.2008)

Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul : İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982

Armağan, Servet, “Türk Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düzenlenmesi ve Sınırlanması (Şematik Bir Açıklama)”, <http://profservetarmagan.blogcu.com/TEMEL+HAKLAR> (s.e. 24.12.2008)

Arslan, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler” *Anayasa Yargısı*, Sayı;19, (2002) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg19/arslan.pdf> (s.e. 26.12.2008)

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya: Mimoza Basın Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2002

Aydın, Mesut, ”Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, sayı 61/3

Batum, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul: İÜHF Yay., 1993

Bingöl, İrfan, *Ülkemizde Anayasal Gelişmeler*, İstanbul:1993

Çolak, Haluk, “Kamu Hürriyetlerinin Düzenlenmesi, Ayırımı ve Korunması” *Adalet dergisi*, sayı;1, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>. (s.e. 21.10.2008)

Dinçkol, Bihterin Vural, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992

Doğan, İsmail, *Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları(İnsan Haklarının Kültürel Temelleri*, Ankara: Pagema Yayıncılık, 4.Baskı, 2003

Dönmezer, Sulhi, *Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı*, İÜHFM. 29/3

Erdemir, Hatice Palaz, “Tarihi Gelişim Sürecinde İnsan Hakları Ve Osmanlı Gelişim Modeli” *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı; 9-10

Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yayınları, 1999

Erdoğan, “Anayasa Değişti mi?” Açık Toplum, E-. Dergi, <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me33.htm>, (s.e. 2.1.2009)

Eroğul, Can, *Anatüze ye Giriş*, Ankara: İmaj Yayınları, 1997

Eroğul, Cem, “Altıncı Anayasa Değişikliği” *Mülkiye Dergisi*, Sayı;231

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Konya: Mimoza, 1994

Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması(AY. Md. 13)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, sayı;19,(2002)
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/fendoglu.pdf> (s.e. 1.1.2009)

Gemalmaz, Semih, *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Beta, 3. Baskı, 2001

Genç, Mehmet, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri*, Bursa: Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı Yayınları, 1997

Giritli, İsmet, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması” *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, 105-115, (2002)
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/giritli.pdf> (s.e. 21.11.2008)

Gören, Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi*, İzmir: Dokuz Eylül Üniv. Yay., 4.Baskı, 2000

Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir: Barış yayınları, İzmir Fakülteler Kitapevi

Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:6 Sayı:12 Güz-2007/2

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa: Ekin Kitapevi yay., 2004

Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği; Bir Abesle İştigal Örneği” *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, (2002)
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/gozler.pdf> (s.e. 24.12.2008)

Gözler,” Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri(Anayasanın Yeni 13.maddesi Hakkında Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 59, (2001/4)

Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?” , *A.Ü. SBF Dergisi*, Cilt:55-Sayı:3, (2000)

Gözübüyük, A.Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi, 1999

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yay, 2005

Güneş, Turan, “Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri” Ankara: AÜSBF Yay., 1965

Hekimoğlu, Mehmet Merdan, “1982 Anayasasına Göre İnsan Hakları Kavramı” *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7. Sayı, Mayıs (2002)

- İnalçık, Halil**, “Senedi İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu” *Türk Tarih Kurumu, Belleten Dergisi* Ankara: 28. Cilt/sayı:112 (1964),
- İzveren, Adil**, “Sosyal Devlet”, *Danıştay Dergisi*, sayı:18
- Kaboğlu, İbrahim Ö.**, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul: İmge Kitabevi, 2002
- Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayınevi, 2005
- Kaboğlu**, “2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Tepkiden Ulusal Tepkiye” *Anayasa Yargısı*, Sayı:19 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/kaboglu.pdf> (s.e. 19.11.2008)
- Kaboğlu**, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır: D.H.F.Ü. Yay.,1989
- Kapani, Münci**, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993
- Kaynar, Mete Kaan**, “Sayısal Verilerle Türkiye’de Hak ve Özgürlükler” *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, sayı 2004/1(2004)
- Kili, Suna**, “Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1982 ve 1961 Anayasaları” *Anayasa Yargısı*, Cilt;1 23-28, (1984)
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg1/kili.pdf> (s.e. 24.12.2008)
- Kuzu, Burhan**, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990
- Memiş, Emin**, *Türkiye’de Anayasa Gelişmeleri Eğrisi(1808-2005) Anayasa Hukuk Notları*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005
- Metin, Yüksel**, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002
- Mumcu, Ahmet**, *İnsan Hakları&Kamu Özgürlükleri*, Ankara: Savaş yay., 1994
- Ortaylı, İlber**, *Türkiye İdare Tarihi*, Ankara:TODAİE Yayınları no:160, 1979
- Özbudun, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Basım, 1993

Rumpf, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”

Anayasa Yargısı, Sayı:10, (1993)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg10/crumpf.pdf> (s.e. 12.12.2008)

Sabuncu, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt7-8

Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayını, 1982

Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar Ve Bunların Çözüm Olanakları” *Anayasa Yargısı*, Sayı;19, (2002)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/fsaglam.pdf> (s.e. 12.12.2008)

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*, Sayı;19,(2002)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/msaglam.pdf> (s.e. 28. 12.2008)

Soysal, Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, Ankara: 2. Bası, 1969

Soysal, “Açıklık ve Kapalılık”, *SBFD*, 23/1

Soysal, *Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 3. Baskı, 1986

Soysal, “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt;1, 11-20, (1984) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg1/msoysal.pdf> (s.e. 24.12.2008)

Şenoğlu, Fuat, *Temel Hak Ve Özgürlükler, Bu Hakların Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Bunlarla İlgili Kavramların Açıklamaları*,

<http://www.turkhukusitesi.com> (s.e. 11. 10. 2008)

Şimşek, Oğuz, “Federal Alman Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düşmesi” *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt;5 Sayı;1, (2003)

Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul: Say Yayınları, 3. Bası, 1982

Tanör, Bülent “İnsan Hakları”(Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi s:47-57)

İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, Cogito-98, 2000

Tanör, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969

Tanör, “Anayasamızın Yeni 11. Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş midir”

Onar Armağanı, İstanbul:1977

Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2006

Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Yapı Kredi

Yayınları, 2002

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 2003

Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İÜHF Yay.,

1972

Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Ekin

Yayınları, 1982

Tunaya, *Türkiye’de Siyasi Partiler*, İstanbul: Doğan-Kardeş Yayınları, 1952

Uygun, Oktay, *1982 Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*,

İstanbul: Kazancı yay., 1992

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: 1993

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Abdullah TOPAL

Sürekli Adresi : Köroğlu Mah. Yunus Sok. N:4/2 BOLU

Doğum Yeri ve Yılı : Bolu – 1984

Yabancı Dili : İngilizce

İlköğretim : Bolu Atatürk İlköğretim Okulu – 1997

Ortaöğretim : Bolu Abant Lisesi – 2000

Lisans : Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi - 2004

Yüksek Lisans : Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü – 2009

Anabilim Dalı : Kamu Yönetimi