

**4709 SAYILI KANUNLA YAPILAN ANAYASA
DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİNİN
BİREY DEVLET İLİŞKİSİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Yrd.Doç.Dr. Nihat Bulut**

**I- GİRİŞ: HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖNEMİ KARŞISINDA
SINIRLAMANIN ZORUNLULUĞU**

Doktrine bakıldığında, haklar ve özgürlüklerin, öteden beri, kamu özgürlükleri, temel haklar ve ödevler, temel haklar ve özgürlükler, insan hakları gibi çeşitli kavramlarla karşılandığı görülmektedir¹. Fakat bu kavramsal çeşitliliğe rağmen, bunların tanınması ve korunmasının, anayasal sistemlerin esasını teşkil ettiği konusunda hep bir mutabakat olmuştur. Üzerinde uzlaşma sağlanmış olan bir başka husus da, hak ve özgürlüklerin ya da insan haklarının yönelmiş olduğu amaçtır. Gerçekten, insan hakları felsefi açıdan ne şekilde temellendirilmiş olursa olsun, insanın onurunun, şerefine ve değerine insan haklarının temelini oluşturduğu ve amacını teşkil ettiği her zaman vurgulana gelmiştir².

Bu çerçevede insan hakları, insanla ilgili bazı gerekleri dile getirir. Bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak ortaya çıkarlar. İnsanın değerinden söz etmek, onun diğer canlılar arasındaki özel yerine işaret

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Konuya ilişkin kavramsal ayrımın nedenleri için bkz. Mehmet Akad-Biherin (Vural) Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Der y., İstanbul, 2000, s.153; Konuya ilişkin temel kavramlar için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF y., Diyarbakır, 1989, s.13 vd.

2 Bkz. İoanna Kuçuradi, "Felsefe ve İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, (Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi), Hacettepe Üniversitesi Türkiye ve Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1982, s.49.

etmek demektir. İnsana bu özel yeri sağlayan ise, onun özelliklerinin bütünü ve sahip olduğu imkanlardır. Bu imkanlar dolayısıyla insan, diğer varlıklardan farklı olarak, kendini gerçekleştirmek peşinde koşar. İşte bu özellikler, insanın değerini ya da onurunu oluşturur³. Onur, çok değerli kılınmış bir şeyin özelliğidir ve ancak sahip olunan haklara ulaşmakla mümkündür⁴. Esasen, temel hakların anayasal düzeyde tanınıp güvence altına alınmasının nedeni de insan onurunun korunmasıdır⁵.

İnsan onuru, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır⁶. Kuşkusuz insan onurunun korunması, insan haklarını bir bütün olarak, ayırım gözetmeksizin⁷ uygulamaya taşımakla, insanı toplumsal koşulların meydana getirdiği her türlü baskıdan kurtarmakla, dahası, ona kendini geliştirme fırsatı vermekle mümkündür. Aksi bir ortamda, gerçek özgürlükten söz etmek mümkün değildir.

Çağdaş insan hakları belgeleri bu amaçla, hak ve özgürlükleri fonksiyonlarına göre tasnif etmişler ve her bir kategoriyle insanın bir yönünü korumayı hedeflemişlerdir. Bu çerçevede kişisel haklar (negatif statü hakları), kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen ve bireyin maddi ve manevi varlığını koruyan özgürlüklerdir. Düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığı... gibi özgürlükler bu bağlamda değerlendirilmekte ve bunların devlete sadece bir karışmama ve gölge etmeme ödevi yüklediği kabul edilmektedir. Sağlık hakkı, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı... gibi sosyal ve iktisadi haklar (pozitif statü hakları) ise, vatandaşlara devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme hakkını tanıyan ve bunun karşılığında devlete sosyal alanda

3 İbid, s.49.

4 Andre Mercier, "İnsan Haklarının Temelleri", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, (Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi), Hacettepe Üniversitesi Türkiye ve Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1982, s.15.

5 İnsan hakları ve insan onuru ilişkisi için bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İÜHF y., İstanbul, 1984, s.24 vd.

6 Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 63/132, K: 66/29, KT: 28.6.1966, **AMKD**, sy.4, s.187.

7 Hakların bütünlüğü ilkesi, onların değişik şekillerde tasnif edilmelerine karşın, birbirinin "sine qua non" şartı olduklarını, yani birbirini tamamladıklarını ifade eder. (Bkz. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından...**, s.63; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF y., Ankara, 1981, s.83.)

belirli görevler ve fonksiyonlar yükleyen haklardır⁸. Siyasal haklar (aktif statü hakları) ise, siyasal görüş ve tutumlarını açıklama, örgütlenme, oy verme vb. yollarla vatandaşlara yönetimde söz sahibi olma ve siyasal kararlara katılma yetkisi veren haklardır. Bu haklara sırasıyla, koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları da denilmektedir⁹.

Sonuçta, bütün bu hak ve özgürlükler biraraya gelerek, insanın korunması ve kendini geliştirmesi amacına hizmet ederler. Böyle bir amaç, her şeyden önce, siyasal iktidarın sınırlandırılmasını gerektirir. Konuya tarihsel açıdan yaklaşıldığında, insan hakları doktrininin, insanın değerinden yola çıktığı, bu değerın özgür olmayı gerektirdiğini vurguladığı ve bu uğurda siyasal iktidarın sınırlandırılmasını esas aldığı görülür. Amaç, bireyin seçtiği amaçlar doğrultusunda, kendi yargısına göre eylemde bulunmasını sağlamaktır¹⁰. Devlet ise, bu amacı sağlamaya yönelik bir araçtır. Dolayısıyla, birey devlet ilişkisinde önceliği alması gereken unsur bireydir¹¹.

Ne var ki, özgür insan, aynı zamanda sorumluluk sahibi bir varlıktır. İnsanın bu yönü, ödevli kılınması sonucunu doğurmuş ve temel insan hakları

8 Hemen ifade etmek gerekir ki, sosyal ve iktisadi hakların, gerçek anlamda hak olup olmadıkları konusu tartışmalıdır. Sözelimi Hayek, sosyal ve ekonomik hakların, devletin çeşitli kişi ve gruplara belirli maddi konular temin etmek üzere kullanılmasını gerektirdiğinden hareketle, diğerleri ile birlikte gerçekleşmeyeceğini ifade etmekte ve her hakkın belli bir kişiye ödev yüklediğini, sosyal ve ekonomik haklarda ise böyle bir muhatabın bulunmadığını vurgulamaktadır. Sosyal ve ekonomik hakların zorlamaya dayandığını savunan Rand ise, hakkın konusunu bireyin kendi çabalarıyla gerçekleştirilmesi özgürlüğünü ifade ettiğini, oysa bu tür hakların başkalarına karşılıksız ödev yüklediğini, dolayısıyla insan haklarını tahrip edici olduğunu belirtmektedir. (Bkz. Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s.147-148)

9 Bkz. Kapani, s.6. Fakat, unutmamak gerekir ki, hakların bütünlüğü ilkesi karşısında, yapılacak her ayırım, hak ve özgürlük grupları arasındaki kesin sınıflamaları değil, derece farklılıklarını ifade edecektir. (Bkz. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından...**, s.63; Benzer bir yaklaşım için ayrıca bkz. Muzaffer Sencer, "Hak ve Özgürlük Kavramı," **İnsan Hakları Yılı**, C. 16, 1994, s.5.)

10 Elbette insan haklarıyla iktidar arasındaki ilişki sadece iktidarın sınırlandırılmasından ibaret değildir. Çağdaş insan hakları anlayışı çerçevesinde siyasal iktidar, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve böylece özgürlüğün sağlanması yönünde görevler üstlenmiştir. (Bkz. Bahri Savcı, "İktidarla Münasebeti Bakımından Hürriyet Problemi", **AÜSBFD**, C.XIX, sy.,2, 1964, s.157.)

11 17 ve 18. yüzyıllarda çeşitli düşünürler tarafından ortaya konan bu anlayışın 1789 Fransız Devrimi ile somutlaştığı ve bireye siyasal iktidar karşısında özerk alanın tanınmasını ifade ettiği bilinmektedir. (Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları, "Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)", **AÜSBFD**, C. XLIV, Temmuz-Aralık 1989, No:3-4, s.195.

belgelerinde insanın haklarıyla beraber ödevlerine de işaret edilmiştir¹². Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin, herkesin topluma karşı ödevleri olduğunu belirten 29. maddesi ile 1982 Anayasasının, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini vurgulayan 12. maddesi bunun en açık örnekleridir.

Öte yandan, insanın toplum içinde yaşaması başkalarının haklarına saygı göstermesini gerektirir. Bir kere, toplumsal yaşam içinde, bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Bu durum bir dengeleme yapmayı ve birey haklarını sınırlandırmayı gerektirir¹³. Öte yandan kamu düzeninin sağlanması ve korunması da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını zorunlu kılar¹⁴. Çünkü toplumsal yaşamın bulunduğu yerde, sınırsız özgürlükten söz etmek, kargaşadan söz etmek demektir ve bunu istemek de mantıklı olmasa gerektir. Kısacası, özgürlük ancak düzen içinde mümkündür. Düzen içinde özgürlük ise sınırlı bir özgürlüktür.

Sonuç itibarıyla, toplumsal yaşamın hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını zorunlu kıldığı görülmektedir. Fakat bu zorunluluğa karşın, yapılacak sınırlamalarda bazı önemli ilkelerin hesaba katılması gereği de kabul edilmelidir. Bu ilkelere en önemlisi, özgürlük otorite ilişkisinde dengeyi iyi kurmak ve özgürlüğü otoriteye feda etmemektir. Elbette, ilk bakışta, düzen ya da otorite ile özgürlük birbiriyle çatışır gibi gözükmemektedir. Fakat gerçekte bunların birbirine ait olan iki şeyin parçası sayılmaları gerekir¹⁵. Bu bağlamda, düzen ya da onu sağlamakla yükümlü olan iktidar, özgürlüğün düşmanı değil, şartıdır.

Özgürlük otorite ilişkisinde özgürlüğü ön plana çıkarmak, devlet birey ilişkisinde bireyi ön sıraya almak demektir. Dolayısıyla, oluşturulacak sınırlama rejiminde bu gerçeği dikkate almak ve devleti bireye yeğlememek gerekir. Çünkü özgürlüğün şartı olan devlet, başlı başına bir amaç değildir. Amaç, insanın seçmiş olduğu gaye doğrultusunda kendisini geliştirme imkanına sahip

¹² Hak-ödev ilişkisi için bkz. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından...**s.46 vd; Bu ilişkinin uluslar arası insan hakları belgelerine yansması için konusunda bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta y., İstanbul, 1997, s.380 vd.

¹³ Kuşkusuz böyle bir tespit, hak ve özgürlükler bir bütün olarak değerlendirildiğinde doğrudur. Yoksa, tek tek hak ve özgürlükler söz konusu edildiğinde, bazılarının sınırlandırılmaması olduğu görülür. Sözgelimi, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, suç ve cezada yasallık ve geriye yürümezlik gibi haklar hiçbir biçimde ve yerde sınırlamaya tabi tutulamayacak tür ve nitelikte haklardır. (Bkz. Gemalmaz, s.395)

¹⁴ Kapani, s.223.

¹⁵ Maurice Croston, "İnsan Hakları Nelerdir?", **Sosyal ve Siyasal Teori**, Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999,s.311.

olmasıdır. Bu durum dikkate alındığında, özgürlüğün ancak toplum düzeninin sürmesini sağlamak ve herkesin ondan düzen içinde yararlanmasını olanaklı kılmak için sınırlanabileceği yargısına varılır¹⁶.

Bütün bu tespitler, sınırlama yapılırken uyulması gereken bir başka ilkenin gündeme getirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu, “özgürlük kural sınırlama istisna” ilkesidir. Bu ilke, sınırlamanın ancak istisnai hallerde, düzenin bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ifade eder. Aksi bir tutum, yani bu ilkeyi tersine çeviren bir anlayış, insan haklarının yönelmiş olduğu amaçla bağdaşmaz.

Bu çalışmada, bütün bu tespitlerin ışığında, öncelikle, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükler için öngörmüş olduğu sınırlama rejimi ele alınacak, bunun çağdaş insan hakları anlayışı ve dolayısıyla birey devlet ya da otorite özgürlük ilişkisi açısından değerlendirilmesi yapılacaktır. Ardından da, 2001 Anayasa değişiklikleriyle birlikte ortaya çıkan durum, yine aynı çerçevede irdelenecek ve sonuç itibarıyla gelinecek noktanın bir ilerleme sayılıp sayılamayacağı tartışılacaktır. Bu arada hemen belirtmek gerekir ki, bu çalışma olağan dönemlerle sınırlı tutulacak ve olağanüstü dönemler için öngörülen sınırlama rejimi üzerinde durulmayacaktır.

II- ANAYASANIN İLK ŞEKLİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİ

A- Genel Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Temel hak ve özgürlükleri bazen anayasanın kendisi sınırlar, yani hakkı ancak belli sınırlar içinde tanıır¹⁷. Bu konuda en yaygın model, yasaklar şeklindeki düzenlemelerdir. Bu yasaklar soyut olabilecekleri gibi, somut da olabilirler¹⁸. Siyasi partilerin ticari faaliyetlere girişmemeleri (m. 69/2), bazı kişilerin parti üyesi olamamaları (m. 68/5), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak silahsız ve saldırısız olması halinde mevcut bulunması (m.34/1) gibi sınırlamalar, temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile sınırlanmasına örnektir. Esasen, 1982 Anayasasının bu tür sınırlamalara bolca yer verdiği, hatta, bilim ve sanat özgür-

¹⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Afa y., İstanbul, 1994, s.68.

¹⁷ Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Anlamı Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasamız”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s.487.

¹⁸ Bkz. Bülent Tanör- Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, YKY, İstanbul, 2001, s.131 vd.; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF y., Ankara, 1982, s.22.

lûğü gibi, doğası gereği sınırlanmaması gereken bir takım hak ve özgürlükleri de doğrudan sınırlandırdığı görülür¹⁹. Kuşkusuz bu tür sınırlamaların çokluğu, anayasanın yeterince özgürlükçü olmadığını kanıtı sayılır.

Çoğu kez ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması doğrudan anayasanın kendisi tarafından yapılmaz. Anayasa sınırlama nedenlerini göstererek, işi yasama organına bırakır²⁰. Bu durumda önem kazanan husus, yasama organına tanınan yetkinin genişliğidir. Hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda yasama organına geniş yetkiler tanınması, özgürlükler açısından sakınca doğurur. Bu yüzden, yasama organına tanınan sınırlama yetkisinin bazı koşullara bağlanması gerekir.

B- Sınırlamanın Koşulları

Bütün çağdaş anayasalar gibi, 1982 Anayasası da, temel hak ve özgürlüklerin hangi organ tarafından, ne gibi nedenlere dayanılarak ve ne ölçüde sınırlanabileceğini düzenleyen kurallara yer vermiştir. Buna göre, “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. 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”.

1- Sınırlamanın Yasa İle Yapılması

Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ilk şartı, bunun *yasa* ile yapılabilecek olmasıdır. Kuşkusuz bu durum, bireyleri iktidar karşısında güvenceli bir konumda tutmak açısından son derece önemlidir. Esasen liberal demokratik rejimler de bu gerçekten hareketle, sınırlamanın yasa ile yapılması anlayışını benimsemişlerdir²¹. Dolayısıyla, yürütme organının düzenleyici işlemler aracılığı ile temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması,

¹⁹ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.133.

²⁰ Bazen anayasanın, neden göstermeden sınırlamanın yasayla yapılacağını söylediği de olur. Sözgelimi, 1924 Anayasasının, “Basın, kanun dairesinde serbesttir” (m.77) hükmü böyledir. Basit yasa sınırlaması denilen bu sınırlama biçiminde, yasa koyucuya sebep göstermeden sınırlama yetkisi verilmektedir (Bkz. Sağlam, s.29; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, s.369)

²¹ Yasa kaydıyla sınırlamanın bireyler açısından taşıdığı güvenceler için bkz. Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1992, s.90; Kapani, s. 230-232.

kural olarak, mümkün değildir. Elbette, sınırlamanın yasa kaydına bağlanması tek başına yeterli olmayacaktır. Yasal sınırlama hükümlerinin açık ve kesin olması da şarttır²². Bu, hukuk devletinin bir gereğidir ve amaç bireyin yasanın emrini önceden görebilmesini ve hesaba katabilmesini sağlamaktır²³.

Ne var ki, genel ve olağan kural böyle olmakla birlikte, 1982 Anayasası çerçevesinde, olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnemelerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün kılınmış ve bu tür düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin denetiminden de bağışık tutulmuştur²⁴. Öte yandan, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, olağan dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnemeler ile de, kişisel ve siyasal haklar alanında olmasa bile, sosyal ve ekonomik haklar alanında düzenleme yapmak olasıdır. Gerçi sosyal ve ekonomik hakların devletin olumlu müdahalesini gerektirdiğinden hareketle bu durumu normal karşılamak mümkün gibi gözükmektedir. Fakat, bu haklardan bazıları, sözelimi sendika hakkı, devletin müdahalesi bakımından, kişisel ve siyasal haklardan farklı sayılmaz. Dolayısıyla, sosyal ve ekonomik hakların yasa kaydına bağlı olmaksızın sınırlandırılmasına kapı aralayan bu hüküm, Anayasanın 13. maddesinin birinci fıkrasıyla çelişmektedir. Doktrinde haklı olarak, sosyal ve ekonomik haklar bakımından, temel hakkı güçlendiren düzenlemelerin kanun hükmünde kararneme ile; hakkı sınırlayıcı düzenlemelerin ise, ancak yasa ile gerçekleştirilebileceğinin kabul edilmesinin bu çelişkiyi giderebileceği savunulmaktadır²⁵. Yine de, son anayasa değişikliği sırasında bu konunun da ele alınması ve yukarıdaki yorum çerçevesinde netliğe kavuşturulması isabetli olurdu.

2- Sınırlamanın Bir Nedene Dayanması

Kuşkusuz temel hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin yasama organına verilmesi bireyler için önemli bir güvence teşkil eder. Fakat bu güvence, önemli olmakla beraber, yeterli değildir. Çünkü yasama organının özgürlükleri alabildiğine kısıtlaması ve kullanılamaz hale getirmesi mümkündür²⁶. Bu gerçekten yola çıkan anayasalar, yasama organının olası ihlallerini önleme

22 Uygun, s.96.

23 Gören, s.378.

24 Bkz. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.69 vd.

25 Uygun, s.114; Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararneme Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar" **Anayasa Yargısı** 9, Ankara, 1993, s.268-269; Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.372.

26 Uygun, s.115.

amacı gütmüşler ve sınırlama yetkisini bazı koşullara bağlamışlardır. 1982 Anayasası da bu doğrultuda, yasama organına, sınırlama yaparken, Anayasada sayılan *nedenlere dayanmak* zorunluluğu getirmiştir.

1982 Anayasası, ilk şekliyle, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde iki tür sınırlama nedeni öngörmüştür. Bunlar, genel sınırlama nedenleri ve özel sınırlama nedenleridir. Genel sınırlama nedenleri Anayasanın 13. maddesinde sayılmış ve bunların temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir. Kuşkusuz, Anayasada böyle bir kuralın yer almasına karşın, bu nedenlerin tümünün, bütün hak ve özgürlüklere uygulama olanağının bulunmadığı, bazı özgürlüklerin niteliği gereği sınırlama nedenlerinin her türlüüne maruz kalmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Sözgelimi, kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağı ve suçlanamayacağını belirten kanaat özgürlüğünün, niteliği gereği, bu nedenlerden payını almayacağı ortadadır²⁷.

Fakat durum bir bütün olarak değerlendirildiğinde, genel sınırlama nedenlerinin yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanıdığı da gerçektir. Çünkü, genel sınırlama nedenlerini oluşturan milli egemenlik, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, genel ahlak...gibi kavramlar muğlak kavramlardır ve içerikleri üzerinde anlaşmak oldukça güçtür. Bu gerçek, demokratikleşme söz konusu olduğunda bu düzenlemenin hep gündeme gelmesi sonucunu doğurmuş ve bu çerçevede, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması; bu mümkün görülüyorsa, sayının azaltılması ve bu alanda içeriği belirsiz kavramlar kullanmaktan vazgeçilmesi önerilmiştir²⁸.

Öte yandan, genel sınırlama nedenlerinden söz ederken, Anayasanın Başlangıç hükümlerini de dikkate almak gerekir. Tanör-Yüzbaşıoğlu, Başlangıç hükmünü 13 ve 14. maddelerle birlikte, genel sınırlama halkalarını oluşturan maddelerden birisi olarak değerlendirmekte ve özellikle, "Hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği..." hükmünün, yasa eliyle sınırlama getirilmesi için çok elverişli bir dayanak teşkil ettiği ve adeta bir açık bono olduğunu vurgulamaktadır²⁹.

Anayasa Mahkemesinin Başlangıç ile ilgili tutumu da bunu haklı çıkarır niteliktedir. Doktrinde, Başlangıç hükmündeki kavramların ölçü norm olarak

²⁷ Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, S y., Ankara, 1989, s.160.

²⁸ Bkz. Hikmet Tülen, "Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği Tartışmaları", *AÜEHFD*, C.IV, S.1-2, s.208.

²⁹ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.134.

değerlendirilmesinin “yerindelik” sorunu olduğu, görevi “hukuki denetim” olan Anayasa Mahkemesinin bu kavramları ölçü norm olarak değerlendirmesinin, yetkilerini aşarak, yerindelik denetimine kayması sonucunu doğuracağı ifade edilmiş ve bu nedenle, bu kavramların sadece seçimle iş başına gelen siyasal organlara hitap eden felsefi ve siyasi kavramlar olduğu belirtilmişse de³⁰, Anayasa Mahkemesi bu kavramları ölçü norm olarak kullanmıştır³¹. Kuşkusuz, Başlangıç hükmünde geçen “Hiçbir düşünce ve mülahaza” ibaresine Anayasa Mahkemesinin bu eğilimi de eklenince, ortaya çıkan durumun yasa koyucuya ne kadar geniş bir takdir alanı bıraktığı anlaşılır.

Özel sınırlama nedenleri ise, her hangi bir hak ve özgürlükle ilgili anayasa maddesinde yer alan sınırlama nedenleridir. Bunlar, sadece ilişkin oldukları haklar için geçerli olan nedenlerdir ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki ideal usul de budur. Kuşkusuz burada da sınırlama nedenlerini ölçülü tutmak gerekmektedir. 1982 Anayasasının, özel sınırlama nedenleri açısından, 1961 Anayasasına göre daha katı bir tutum takındığı ve nedenleri ağırlaştırdığı söylenebilir³².

Sonuçta, Anayasanın, genel sınırlama nedenlerinin yanı sıra, ilgili hak ve özgürlüklere getirilen özel sınırlama hükümleriyle, ağır bir sınırlama rejimi benimsediği ve böylece insan haklarının alanını daralttığı ifade edilebilir³³.

3- Sınırlamanın Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olması

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının bir diğer şartı, sınırlamanın anayasanın *sözüne ve ruhuna uygun* olmasıdır. Bu ilke çerçevesinde, yapılacak sınırlamalar, anayasa metninde açık olarak düzenlenen kurallara ve anayasa, başlangıç da dahil, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ortaya çıkan prensiplere aykırı olamayacaktır³⁴. Anayasanın sözüne uygunluk şartının, özellikle, somut ve ek güvenceler söz konusu olduğu zaman, kullanışlı bir

³⁰ Bu konuda Özbudun, Teziç ve Yüzbaşıoğlu'nun görüşleri için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, 1993, s.128.

³¹ İbid, s.129-131; Mehmet Tevfik Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, **Liberal Düşünce**, Yıl 6, Sayı 22, Bahar 2001, s.48 vd.

³² Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin y., Ankara, 1995, s.79; Uygun, s.133.

³³ Mehmet Semih Gemalmaz, **Türkiye'nin Demokrasi Sorunu**, İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası y., İstanbul, s.16.

³⁴ Bkz. Uygun, s.142 vd.

koşul olacağı açıktır³⁵. Fakat aynı şeyi anayasanın ruhuna uygunluk şartı için söylemek güçtür. Aslında, ilk bakışta cazipmiş gibi gözükken bu prensip, anayasanın bizzat kendisinin temel hak ve özgürlükleri geliştirici yorumlara yardımcı olmadığı durumlarda fazlaca bir değer taşımayacaktır. Nitekim 1982 Anayasası döneminin yargı pratiği de bunu ortaya koymuş ve Anayasa Mahkemesi, Anayasanın, otorite özgürlük dengesinde otoriteye ağırlık tanıdığını belirtmiştir³⁶.

Öte yandan, anayasanın ruhu kavramı, nesnel olarak tanımlanabilecek nitelikte olmadığı için, yargı denetimi sırasında bu yola başvurulmasının, yerindelik denetimine kayılması sakıncasını doğurması da mümkündür³⁷.

4- Sınırlamanın Ölçülü Olması

Yasma organının sınırlama yaparken uyacağı bir başka ilke *ölçülülük* ilkesidir. Bu ilke, sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişki noktasında önem kazanmakta ve bir hakkı sınırlayan önlemlerin etkisi ile, bu önlemlerin yöneldiği amaç arasında bir orantı bulunması gerektiğine işaret etmektedir³⁸. Hukukun pek çok alanı için önemli olan³⁹ ve değişik hukuk düzenleri⁴⁰ ile uluslar arası insan hakları belgelerinde⁴¹ yer alan bu ilke, otorite özgürlük ilişkisinde, özgürlüğün gereğinden fazla sınırlandırılmasının önüne geçmek için kullanılmaktadır.

1961 Anayasasında pozitif dayanağı olmamasına karşın, Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti ilkesinden türeterek kabul ettiği ve kararlarında uyguladığı⁴² ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasasıyla, adı açıkça zikredilmemesine

35 Tanör- Yüzbaşıoğlu, s.147.

36 Bkz. İbid, s.147.

37 İbid, s.147.

38 Kavram için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, " Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2001, s.1289-1290; Ufugun, s.161-162.

39 Örneğin ilke idare hukukunda, kolluk faaliyetlerinin sınırları, ve takdir yetkisi başta olmak üzere, idari faaliyetlerin denetlenmesinde kullanılmaktadır. (Yücel Oğurlu, "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C.IV, sy.,1-2, 2000, s.147.) Aynı şekilde ilke ceza hukukunda da kullanılmaktadır. (Mahmut Koca, "Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama"- Bu makale, Prof. Dr. Ergun Önen Armağanında Yayınlanacaktır-)

40 Bkz. İlkenin Almanya ve Fransa uygulamaları için bkz. Hakyemez, s.1293-1298.

41 Bkz. İlkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde uygulaması için bkz. İbid, s.1298-1305.

42 İbid, s.1305.

karşın, Anayasanın 13/2 ve 15. maddeleri dolayısıyla pozitif dayanaklara kavuşmuş ve Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu ilkeyi kullanmıştır⁴³.

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleridir⁴⁴. Bir hak ve özgürlüğü sınırlamak için kullanılan aracın, yani yasanın, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından uygun olması *elverişlilik* ilkesini; yasa koyucunun öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması, *gereklilik* ilkesini; amaç ile aracın birbirine karşı ölçsüz olmaması gereği de, *oranlılık* ilkesini ifade eder.

5- Sınırlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmaması

1982 Anayasası, son olarak, yukarıda sayılan ilkelerin hepsine uyulmuş olsa bile, sınırlamanın hiçbir biçimde *demokratik toplum düzeninin gereklerine* aykırı olmayacağı esasını getirmektedir. 1961 Anayasasının bu konuda, “kanun temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz” hükmünü koyarak, öze dokunma yasağı öngörmüştü. 1982 Anayasası ile getirilen yeni düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesince de kabul edilmiş bir düzenlemedir⁴⁵. 13. Maddenin gerekçesinde, bu kıstasın, 1961 Anayasasının getirmiş olduğu “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin ve uygulanması daha kolay bir kıstas olduğu belirtilmiştir⁴⁶.

Elbette burada önemli olan, demokratik toplumdan ne anlaşılacağı, yani Anayasada çerçevesi çizilen demokrasi anlayışının mı, yoksa evrensel demokrasi yaklaşımının mı esas alınacağı ve söz konusu ölçütün ne şekilde yorumlanacağıdır. Sorun, doktrinde tartışılmış ve Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Aslında bu konudaki tartışma Anayasanın içindeki çelişkiden kaynaklanmıştır. 1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olduğu belirtilmişti ve bu maddeden yola çıkarak, Anayasanın çağdaş, Batılı, liberal demokrasi anlayışı-

⁴³ Bkz. Uygun, s.165 vd.

⁴⁴ Bkz. Hakyemez, s.1316 vd; Uygun, s.161-162; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s.114 vd.

⁴⁵ 1982 Anayasası ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi arasındaki ilişki için bkz. Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İÜHF y., İstanbul, 1993, s.3 vd.

⁴⁶ 13. maddeninin gerekçesi için bkz. Mehmet Akad-Abdullah Dirişkol, *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım y., İstanbul, 1988, s.71-72.

nı benimsediğini söylemek mümkün gözükmekteydi. Fakat Başlangıç hükümünde geçen “hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” ibaresi, bu yargının kuşku verici olduğu sonucunu doğurmuştur. Tanör, Başlangıçta geçen bu hükümden yola çıkarak, 1982 Anayasasının hürriyetçi demokrasi anlayışını kendisiyle özdeşleştirip, bunun dışındaki her türlü yorumu yasakladığını belirtmektedir⁴⁷. Hemen belirtilmelidir ki, Türkiye Cumhuriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bireysel başvuru hakkını tanıırken, buna koymuş olduğu çekince de bu görüşü doğrular niteliktedir. Dışişleri Bakanlığı konuya ilişkin tebliğinde şöyle demektedir: “Bu beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan 'demokratik toplum' kavramı, Türk Anayasasında yer alan ilkelere ve özellikle Anayasanın dibacesine ve 13. maddesine uygun olduğu şeklinde anlaşılmalıdır”⁴⁸.

Aslında konu, Anayasanın hazırlık aşamasında, 13. maddenin ikinci fıkrasındaki temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzenine aykırı olarak sınırlandırılmayacağına ilişkin hüküm ele alınırken, Danışma Meclisinde de tartışılmış ve sonuçta 13. maddenin gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir: “Hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır”⁴⁹. Genellikle kabul gören demokratik rejim, Batılı, liberal ya da klasik demokrasi olduğuna göre, buradan çıkan sonuç, 1982 Anayasasıyla klasik demokrasinin benimsendiğidir.

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasasına bakılarak, benimsenen demokrasi anlayışı hakkında iki farklı yargıya ulaşılabilmektedir. Gerçekten 13. maddenin gerekçesi Batılı liberal demokrasinin kabul edildiği izlenimini verirken, Başlangıçta yer alan hükümler aksi bir kanaate yol açmaktadır. 1982 Anayasasının içinde barındırdığı bu çelişki, Türk doktrininde farklı değerlendirmelere yol

⁴⁷ Bülent Tanör, *İki Anayasa*, Beta y., İstanbul, 1991, s.132-133; Tanör'ün aksine Turhan, “Başlangıç kısmında, Anayasanın, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde anlaşılması gerektiği belirtildiğinden, Anayasadaki bütün hükümlerin çağdaşlık esas alınarak yorumlanması gerekmektedir” demektedir ve bu yüzden Anayasadaki demokrasi kavramını, çağdaş Batılı demokrasi anlayışı çerçevesinde yorumlamak gerektiğini vurgulamaktadır. Mehmet Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri,” *TDV Bülteni*, sy.10, Aralık 1991, s.22.

⁴⁸ Tebliğ için bkz. 12 Nisan 1987 tarihli Resmi Gazete, s.2.

⁴⁹ Gerekçe için bkz. Akad- Dinçkol, s.72.

açmışsa da⁵⁰, 1982 Anayasasının yerel bir demokrasi anlayışını benimsediğini söyleyenler bile, Anayasa Mahkemesinin, demokrasi kavramına çağdaş ve evrensel ölçütler açısından bakarak, sorunu çözebileceğini savunmuşlardır⁵¹. Gerçekten Anayasa Mahkemesi 1982 sonrasında konuya ilişkin ilk kararında değilse bile, ikinci kararında sorunu çağdaş, evrensel demokrasi lehine çözüme kavuşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin görüşünü ilk kez, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun grev hakkını serbest bölgelerde 10 yıl süreyle yasaklayan geçici 1. maddesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmediği” sonucuna varırken belirtmiş ve söz konusu kararda şu ibareye yer vermiştir: “Yasa koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde...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”⁵². Sağlam, Anayasa Mahkemesinin milli demokrasi anlayışını benimsediği bu kararını endişe verici bir gelişme olarak değerlendirmiştir⁵³. Kuşkusuz bu karar, Yüksek Mahkemenin Anayasanın Başlangıç kısmındaki “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” direktifini aynen benimsemiş olduğunu göstermektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi kısa bir süre sonra vermiş olduğu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ilgili kararda yukarıdaki içtihadını değiştirmiş ve bu kez evrensel Batı demokrasi anlayışını benimsediğini ortaya koymuştur. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmesi şöyledir: “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak, kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir...Demokratik hukuk devletinde güdülen

50 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Nihat Bulut, **1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Siyasal Katılım**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) MÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s.134 vd.

51 Tanör, s.137; Fazıl Sağlam, “1982 Anayasasının Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar,” **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1990, s.441.

52 E: 1985/21, K: 1986/23, K.T. 6.10.1986, **AMKD**, sy.22, s.224.

53 Sağlam, ‘1982 Anayasasının...,’ s.440.

amaç ne olursa olsun, özgürlükleri kısıtlamak bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmemesidir”⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi bu kararında açıkça klasik Batı demokrasi anlayışını benimsemiş ve sonraki kararlarında da bu çizgisini sürdürmüştür⁵⁵. Gerçekten Yüksek Mahkeme, 14.6.1988 tarihli bir kararında, “İncelenen kural çağdaş Batı demokrasilerinin en güçlü niteliği olan katılımcılığı sürekli biçimde etkin olma ögesini önemli ölçüde zedeleyerek bireyleri ve toplumu kamu işlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırmaktadır”⁵⁶ diyerek, bu konudaki yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesinin neredeyse Anayasaya rağmen ileri bir demokrasi anlayışını benimsediğini göstermektedir ve Çağlar’ın deyişle, Anayasa Mahkemesinin Anayasayı farklı bir şekilde okuduğunun göstergesidir⁵⁷. Kuşkusuz bu durum Anayasa Mahkemesinin hem temel hak ve özgürlükler için önemli bir güvence oluşturması⁵⁸, hem de Anayasayı Batı demokrasi anlayışı doğrultusunda yorumlamada etkin bir rol oynayarak Avrupa standardını yakalayabilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak görülebilir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin yorumuna gelince, Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öz kriterini esas alarak yorumlamıştır. Fakat arada önemli bir yaklaşım farkı vardır. Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde, hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran ve kullanılmaz duruma düşüren sınırlamaları öze dokunma olarak kabul etmişken⁵⁹, 1982 Anayasası döneminde, kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını belirtmiştir⁶⁰.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öze dokunma yasağı çerçevesinde değerlendirmekte, fakat, 1961 Anayasası döneminden geriye düşerek, öze dokunmayı, sadece hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesine özgülemektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlüğün kullanılmasını ciddi bir şekilde güç-

54 E: 1985/8, K: 1986/27, K:T: 26.11.1986, **AMKD**, sy.22, s.365.

55 Bkz. Yüzbaşıoğlu, , s.314 vd.

56 E: 1988/14, K: 1988/18, KT: 14.6.1988, **AMKD**, sy. 24, s.253-254.

57 Bakır Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi,” **Anayasa Yargısı 7**, Ankara, 1990, s.91.

58 Uygun, s.178.

59 Bkz. Akad- (Vural) Dinçkol, s.242.

60 Bkz. İbid, s.243.

leştirici sınırlamaları öze dokunma saymamakta ve dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmamaktadır.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını hakkın özü kavramıyla tanımlaması, doktrinde genellikle olumlu bulunmuşsa da, Gözler, ilkenin 1961 Anayasasına ait olduğunu, 1982 Anayasası ortamında böyle bir ilkenin bulunmadığını ifade etmiş ve Anayasa Mahkemesini pozitif temelden yoksun bir ilkeyi uyguladığı için eleştirmiştir⁶¹. Öte yandan Gözler, bu iki ilke arasında özdeşlik olmadığını, bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin, öze dokunan kısıtlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır, demesinin doğru olmadığını belirtmiştir. Gözler'e göre, öze dokunan ama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan sınırlamalar bulunabilir. Sözgelimi, ölüm cezası yaşama hakkının özüne dokunur, ama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı değildir⁶².

Hukuk tekniği açısından bu yargıya katılmak mümkün değildir. Çünkü öze dokunma yasağı yasama organı için öngörülmüş bir yasaktır. Ölüm cezası ise, bizzat anayasa tarafından kabul edilen bir ceza türü olmuştur ve öz kriteri açısından değerlendirmede bu durum dikkate alınacaktır. Ayrıca demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini öz kriteri ile tanımlamak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bireyler için daha güvenceli bir durum yaratıyorsa, bunu olumlu bulmakta da bir sakınca olmasa gerektir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi bu kriteri kullanırken 1961 dönemindeki yorumuna sadık kalmamış ve hak ve özgürlüğün kullanılmasını ciddi bir şekilde güçleştirici sınırlamaları öze dokunma saymamıştır.

C- Sınırlama Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını bu ilkelere bağlayan 1982 Anayasası, özellikle sınırlama nedenleri dolayısıyla eleştirilmiş ve özgürlüklerin genel rejimi açısından, katmerli sınırlama sistemi denilebilecek bir mekanizma getirmiş olmakla suçlanmıştır⁶³. Bir kere, istisnasız bütün hak ve özgürlükler için devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması gibi genel sınırlama hükmü konulmuştur. İkinci olarak temel hak ve özgürlükler, kendi maddelerinde sayı-

⁶¹ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi y., Bursa, 2000, s.194-195.

⁶² *Ibid*, s.196.

⁶³ Tanör, s.134.

lan sınırlama nedenleriyle de daraltılabileceklerdir. Üçüncü olarak temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlığını taşıyan 14. maddeyle genel bir yasaklama ve yaptırım hükmü konulmuş ve bunların hangi amaçlarla kullanılmayacakları, aksine davrananların cezalandırılacakları kabul edilmiştir.

Ayrıca, Başlangıç 5. paragrafta yer alan, “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği...” hükmünün de hak ve özgürlüklerin yasama organı eliyle sınırlandırılmasına elverişli olduğunu eklemek gerekir.

Bütün bunlar, 1982 Anayasasının devlet otoritesini özgürlükler aleyhine güçlendirme ve dolayısıyla bireyi devlet karşısında ikinci plana atma eğiliminin⁶⁴ ya da birey özgürlükleri karşısında devletin kutsallaştırılmasının⁶⁵ bir göstergesi sayılmıştır. Aslında Osmanlı birikimi de dahil, Türk siyasal geleneğinde devletin bireye ve toplumsal gruplara göre üstün tutulması hep süregelen bir olgu olmuştur⁶⁶. Bunun doğal sonucu, devletin toplum üzerinde ve ondan özerk bir varlık olarak algılanması, devlete sahip olanların kendilerini ulusal menfaatlerin tek temsilcileri saymaları ve giderek sivil topluma ve onun kurumlarına şüphe ile bakmalarındır⁶⁷. Esasen demokrasiye geçtikten sonra da, Türk yönetici elitlerinin bu tutumları çok değişmemiştir. Özbudun'un da belirttiği gibi, bürokratik elitler modern-batıcı eğilimleri gereği demokrasiyi içtenlikle istemişler, fakat demokrasinin, rakip ya da karşıt çıkarların serbestçe örgütlenmelerini ve kuralları önceden belirlenmiş biçimde barış içinde yaşayabilmeleri yolundaki çağdaş anlayışı tam anlamıyla benimseyememişlerdir⁶⁸.

1982 Anayasasının bireye göre devlete öncelik vermesinin, gönüllü birliklerle sendikalara kısıtlama getirmesinin ve siyasal partilerin gücünü sınırlama-

⁶⁴ Tanör, s.134; Taha Parla, **Türkiyede Anayasalar**, İletişim y., İstanbul, 1991, s.37.

⁶⁵ Gemalmaz, **Türkiye'nin Demokrasi Sorunu**, s.16.

⁶⁶ İltir Turan, **Siyasal Demokrasi, Siyasal Katılma, Baskı Grupları ve Sendikalar**, Türkiye Denizcilik Sendikası Eğitim Dizisi-7, Emin Ofset, İstanbul, 1986, s.70.

⁶⁷ Ergun Özbudun, “Türkiye’de Siyasal Kültür ve Demokrasi,” **Türkiye’de Demokrasi ve Siyasal Kültürün Gelişmesi**, Yayına Hazırlayan, Hüsnü Erkan, TDV ve Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Ortak yayını, İzmir, 1990, s.66.

⁶⁸ İbid, s.66. Belki de bu durumu normal karşılamak gerekir. Çünkü genç Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı Devletinin bürokratik hünerlerini ve idari mekanizmasını miras almıştı. Osmanlı devleti ise, temelde, doğulu ve geleneksel bir görünüşteydi. Dolayısıyla eski alışkanlıkların atılması son derece zordu. (Bu konuda bkz. Ersin Onulduran, **Political Development And Political Parties in Turkey**, AÜSBF y., Ankara, 1974, s.103.)

sının, büyük ölçüde, böyle bir anlayışın ürünü olduğu söylenebilir⁶⁹. Oysa Batıda anayasa hareketleri esas olarak bireyin devlete karşı korunmasını amaçlayan bir seyir takip etmiştir⁷⁰. Soruna anayasal gelişim açısından bakılırsa, Türkiye'de de 1971 değişikliklerine kadar belli başlı anayasal uğrak noktalarının, siyasal rejimin felsefesini ve çerçevesini liberalleştirmek, toplumun ve bireyin bağımsızlaşmasına hizmet etmek gibi amaçlarla ortaya çıktıkları görülür⁷¹. 1961 Anayasasının, bireyi ön planda tutan özgürlükçü yapısı bunun kanıtıdır. 1982 Anayasası bu bakımdan bir gerilemeyi ifade etmekte ve aslında 1961 Anayasasının bireye ve toplumsal gruplara tanıdığı hakların, devlet otoritesini sarstığı anlayışına dayanmaktadır.

1982 Anayasasının hak ve özgürlükler ve bunların sınırlandırılması konusundaki yaklaşımı da bu bakış açısının bir ürünüdür. 1982 Anayasası, bu bakış açısıyla, 1961 Anayasasına göre, özgürlük ile otorite arasındaki dengede, otoriteye daha fazla ağırlık vermiştir⁷². Bu bağlamda, bir yandan yürütmenin güçlendirilmesi yoluna gidilirken⁷³, öte yandan, yukarıda da belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlükler alanında, serbestlikten çok sınırlamacı bir anlayış benimsenmiştir.

Dolayısıyla, 1982 Anayasasının hak ve özgürlükler konusundaki tutumu, onun bireye bakışının sonucu olarak, sınırlamadan yanadır. Anayasa, uluslararası normlara, özellikle de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygun olarak yurttaşlara bir takım hak ve özgürlükler tanıdıysa da, çağdaş anlayışın gereği olan "özgürlük kural sınırlama istisna" ilkesini tersine çevirmiş⁷⁴ ve kutsal⁷⁵

69 Ergun Özbudun, "Development of Democratic Government in Turkey: Crises, Interruptions, and Reequilibrations," *Perspectives on Democracy in Turkey*, (Editor: Ergun Özbudun), Sevinç Matbaası, Ankara, 1988, s.40-41.

70 Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta y., İstanbul 1986, s.134 vd.

71 Tanör, s.130.

72 Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek y., İstanbul, 1986, s.134.

73 Kuşkusuz yürütmenin güçlendirilmesi olgusu tek başına alındığında hak ve özgürlükler açısından sakınca doğurmayabilir. Gerçekte yürütmenin güçlendirilmesi, bütün dünya anayasalarında görülen ve devlet görevlerinin artmasıyla birlikte çağımızın zorunlu kıldığı bir yaklaşımdır. Fakat bunun otorite ile özgürlük arasında kurulmuş dengeleri fazla bozmadan gerçekleştirilmesi gerekir. (Bkz. İbid, s.169-170)

74 Tanör, s.135.

75 1982 Anayasası, ilk şekliyle, Başlangıçta bunu açıkça vurgulamış ve birinci paragrafta "Kutsal Türk Devleti"nden söz etmiştir. Bu ibare birey devlet ilişkisine nasıl bakıldığını göstermesi açısından önemli sayılmış ve liberal batı anayasacılığının bireyin haklarını kut-

saydığı devletin otoritesini güçlendirmek için, 1971 ve 1973 değişiklikleri ile belirginleşen temel hak ve özgürlükleri sınırlama eğiliminin en üst noktasını oluşturmuştur⁷⁶.

Şimdi sorun şudur: Acaba 2001 değişiklikleri bu anlayışın geride kaldığının bir göstergesi sayılabilir mi? Kuşkusuz bunu anlayabilmek, söz konusu değişikliklerin irdelenmesiyle mümkündür.

III-SON ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİ

A- Getirilen Yenilikler

4709 Sayılı Kanunla⁷⁷, Anayasanın 13. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: "Temel hak ve hürriyetler, özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Eskisiyle karşılaştırıldığında, bu hükmün dört temel yenilik getirdiği görür. Bunlardan ilki, hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilmesi; ikincisi, öze dokunma yasağı; üçüncüsü, sınırlamaların laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayacağı esası; dördüncüsü ise, sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edemeyeceği hükmüdür.

1- Genel ve Özel Sınırlama Nedenleri Toplamından Özel Sınırlama Nedenlerine Geçiş

Yukarıda, 1982 Anayasasının, ilk şekliyle, bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama nedenleri öngördüğü belirtilmişti. Anayasanın bu tutumu, öteden beri tartışma konusu olmuş ve yukarıda da vurgulandığı gibi, yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçi, genel sınırlama nedenlerini içeren 13. maddeye dokunulmaması gerektiğini savunanlar da olmuştur. Sözelimi Gözler, 1982 Anayasasının öngördüğü genel sınırlama nedenlerinin sayıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü sebeplerden fazla olsa bile, onunla uzlaşmaz nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Gözler'e göre, 13. maddede sayılan genel sınırlama nedenlerinin hepsi gereklidir ve bu maddede yapılacak bir değişiklik, sistemimizde

sallaştıran anlayışına aykırı bulunmuştur (Bkz. İbid, s.133). Hemen belirtelim ki, 1995 değişikliklerinde "kutsal" ibaresi yerini "yüce" ibaresine bırakmış ve nispeten yumuşatılmıştır.

⁷⁶ Uygun, s.194

⁷⁷ RG: 17.10.2001, Sy. 24556 (mükerrer)

telafisi güç zararlara yol açacaktır. Çünkü Anayasanın pek çok maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için özel sebep belirtilmemiştir. Genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması, bunları “mutlak” hak ve özgürlükler haline getirecek ve sınırlandırılmaları söz konusu olmayacaktır⁷⁸.

Fakat yine de, demokratikleşme olgusunun gündeme geldiği her durumda, bu madde de gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Son Anayasa değişiklikleri ile birlikte tartışma, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması şeklinde çözüme bağlanmıştır. Fakat, Gözler’in dikkat çektiği sakıncalar da hesaba katılmış ve genel sınırlama nedenlerinin bazıları, kimi hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında özel nedenler arasına sokulmuştur. Dolayısıyla yapılan değişikliklerle, genel sınırlama nedenleri bütünüyle feda edilmemiş ve gerekli yerlerde, özel sınırlama nedeni şeklinde varlığını sürdürmüştür.

Bu çerçevede, Anayasanın, *özel hayatın gizliliği* ile ilgili 20. maddesi, *konut dokunulmazlığı* ile ilgili 21. maddesi, *haberleşme hürriyetini* düzenleyen 22. maddesi, *düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti* ile ilgili 26. maddesi, *dernek kurma özgürlüğünü* düzenleyen 33. maddesi, *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı* ile ilgili 34. maddesi ve *sendika kurma hakkını* düzenleyen 51. maddesi, eskiden genel sınırlama nedenleri olarak zikredilen nedenlerden bazılarının payını alan maddeler olmuştur.

Bu değişikliklerle, 1982 Anayasasının, “sınırlanmayacak özgürlük bırakmamak”⁷⁹ şeklindeki amacında değişme olmuş ve her hak ve özgürlüğün, kendi koşulları çerçevesinde sınırlandırılması anlayışının yolu açılmıştır. Elbette genel sınırlama nedenlerinin pek çoğunun, bazı hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedeni haline getirilmesi değişikliğin olumlu yanını törpülemektedir. Fakat özel hak maddeleri için öngörülen sınırlama nedenlerinin, eski durum dikkate alındığında az sayıda olması olumlu bir gelişmedir⁸⁰. Buna bir de Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. maddedeki değişiklik eklenirse, durumun daha da iyileştirildiği söylenebilir. 14. madde, yeni şekliyle, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan

78 Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi y., Bursa, 2001, s.9-11. Hemen belirtmelidir ki, bu yaklaşımına rağmen Gözler de, bunlardan bazılarının çıkartılarak nedenlerin hafifletilebileceğini söylemektedir

79 Cem Eroğul, *Anatüzeeye Giriş*, İmaj y., Ankara, 1996, s.270.

80 Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişikliği Üstüne”, <http://www.liberal.dt.org.tr/at-mc33.htm> (28.11.2001)

faaliyetler biçiminde kullanılamayacağını belirtmekte ve Anayasa hükümlerinden hiçbirinin devlete ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını hükme bağlamaktadır.

14. madde, yeni şekliyle, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, esas olarak üç yenilik getirdiği görülür. Birincisi, kötüye kullanma sayılan hak kullanma biçimlerinin sayı olarak azaltılmış olması; ikincisi, “amaç gütmeye” yerine “faaliyette bulunma” ibaresinin getirilmiş olması; üçüncüsü ise, devletin de temel hakları sınırlama yetkisini kötüye kullanabileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Kötüye kullanma biçimlerinin azaltılmasını ve devletin de bu hükmü ihlal edebileceğinin öngörülmüş olmasını prensip olarak olumlu bulan Erdoğan, kötüye kullanmanın, şu ya da bu amacın güdülmesi durumunda değil, güdülen amaç ne olursa olsun, kişilere veya kamuya somut bir zarar vermesi durumunda söz konusu olabileceğinden hareketle, 14. maddede hiçbir önemli iyileştirmenin yapılmadığını savunmakta ve maddenin yeni haliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gerisinde kaldığını belirtmektedir. Erdoğan maddenin, “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan yıkıcı, bozucu, ortadan kaldırııcı eylemler biçiminde kullanılamaz” şeklinde olması gerektiği görüşündedir⁸¹.

Soruna ideal açıdan yaklaşıldığında, Erdoğan’ın kaygılarına katılmamak imkansızdır. Yine de yeni düzenlemenin, devletin korunması amacından, çoğulcu demokratik düzenin korunması amacına geçişi ifade etmek açısından önem taşıdığını ifade etmek gerekmektedir.

Öte yandan Anayasanın Başlangıç metninde yapılan değişikliği de sınırlama nedenleri açısından hesaba katmak gerekir. Burada yapılan değişiklikle, beşinci paragrafın başında geçen, “Hiçbir düşünce ve mülahazanın” ibaresi, “Hiçbir faaliyetin” şeklini almıştır. Partilerin üzerinde anlaşmış oldukları pakette “faaliyet” değil, “eylem” sözcüğü teklif edilmiş, fakat Anayasa Komisyonunda faaliyet kelimesi üzerinde mutabakat sağlanmıştır. Yapılan değişiklikle, bu paragrafta vurgulanan ideolojik değerler manzumesi karşısında, hiç değilse düşünce açıklamalarına koruma sağlanmak istendiği açıktır. Fakat, son tahlilde, “eylemler” yerine “faaliyetler” sözcüğünün tercih edilmesi, Başlangıç’ın orijinal metninin anlamında ciddi bir değişiklik yapılmadığı intibahını

⁸¹ Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişikliği Üstüne”, <http://www.liberal.dt.org.tr/at-me33.htm> (28.11.2001)

uyandırmaktadır. Çünkü faaliyet sözcüğü, faal olma halini, çalışmayı, canlılığı, hareketliliği ifade eder ve doğal olarak, yazma ve konuşma da dahil, her türlü etkinliği içine alacak bir şekilde yorumlanabilir⁸². Erdoğan buradan yola çıkarak, resmi ideolojiyle bağdaşmayan düşünce açıklamalarının hala korumasız olduğunu söylemektedir⁸³. Hatta, yukarıda da belirtildiği gibi, Başlangıç hükmü yasa eliyle sınırlama getirilmesi için çok elverişli bir dayanak teşkil ettiğine göre, durumun bütün hak ve özgürlükler açısından sakınca doğurabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, bu durumun, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ile ulaşılan ileri aşamayı zayıflattığı bir gerçektir.

Şüphesiz bu gerçek, Başlangıç kısmında yapılan değişikliğin bütünüyle anlamsız olduğu sonucunu doğurmaz. En azından değişikliğin amacı ve doğrultusu, düşünce açıklamalarını dışarıda bırakmaya yönelik gözükmektedir. Burada vurgulanmak istenen, değişikliğin yetersiz olduğudur. Şayet faaliyet sözcüğü yerine eylem sözcüğü kullanılmış olsaydı, düşünce açıklamaları dışarıda bırakılmıştır, demek daha kolay olurdu. Faaliyet sözcüğünün anlamı çerçevesinde aynı sonuca varmak güçtür. Yine de, Anayasa Mahkemesinin, faaliyet sözcüğünü düşünce açıklamalarını dışarıda bırakacak bir şekilde yorumlaması mümkündür.

Son tahlilde, sınırlama nedenleri konusundaki bu gelişme, 1982 Anayasasının, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda, ideal anlamda olmasa bile, çağdaş anayasacılık anlayışına yaklaştığının birer göstergesi sayılabilir.

2- Öze Dokunmama Yasağı ya da Öz Güvencesi

1961 Anayasası, 1949 tarihli Federal Alman Bonn Anayasasından esinlenerek, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı hükmünü getirmişti. Kuşkusuz, bir hak ve özgürlüğün özünü tanımlamak kolay bir iş değildir. Hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamaz demek, bazı önemli soruların yanıtlanmasını gerektirir: Nedir bir hak ve özgürlüğün özü? Ya da, sınırlamada nereye kadar gidilirse, hak ve özgürlüğün özüne dokunulmuş olunur?

Aslında sorun bir değerlendirme sorunudur. Bu bağlamda, özün belirlenmesi gerektiğinde, neyin aranacağı hep tartışılmış ve temelde iki teori ileri

82 Buna karşın eylem, fiil ve ameliye anlamına gelir ve işi, oluşu, davranışı, hareketi ifade eder. Bu yönüyle eylem sözcüğünün kullanılmasının, düşünce açıklamalarının dışarıda bırakılması açısından daha güvenceli bir durum yaratacağı ortadadır.

83 Mustafa Erdoğan, "Anayasa Değişikliği Üstüne", <http://www.liberal.dt.org.tr/at-me33.htm> (28.11.2001)

sürülmüştür. Birincisi, nispi öz teorisi. Bu teoriye göre, öz sadece her münferit temel hak için değil, her münferit olay için ayrı ayrı belirlenmeli ve her münferit olaya katılan kamusal ve özel menfaatlerin tartılması ve ölçülmesi ile öze dokunulup dokunulmadığı tespit edilmelidir. İkincisi ise, özü, sabit, münferit olay ve somut durumdan bağımsız olarak anlayan mutlak öz teorisi. Bu anlamıyla öz, temel hakkın çekirdeği, temel cevheri, asgari içeriğidir⁸⁴.

Şayet sorun bir değerlendirme sorunuysa, bu konuda değerlendirme yapacak organ da, şüphesiz Anayasa Mahkemesi olacaktır. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, bir hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran ya da kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlanması halinde, o hak ya da özgürlüğün özüne dokunulmuş olacağı yargısına varmış⁸⁵ ve böylece “mutlak öz teorisi”ni benimsediğini ortaya koymuştur⁸⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 1982 Anayasası “öze dokunma yasağı” yerine, “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” kriterini getirmiş, fakat Anayasa Mahkemesi, 20 yıllık deneyimine sadık kalarak, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öz kriterini esas alarak yorumlamıştır. Ne var ki, yine yukarıda vurgulandığı gibi, Yüksek Mahkeme, öze dokunmayı sadece hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesine özgüleyerek, söz konusu güvence bakımından oldukça geri bir düzeye düşmüştür.

Bugün için, öz güvencesinin Anayasaya yeniden girmesi önemli bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Fakat umulan yararın elde edilebilmesi Anayasa Mahkemesinin tutumuna bağlıdır. Anayasa Mahkemesi öz güvencesinin içeriğini 1961 Anayasası dönemindeki gibi geniş bir anlayışla yorumlarsa beklenen fayda sağlanabilecek; aksi durumda ise, hiçbir şey değişmemiş olacak ve bu ilkenin denetimdeki rolünün azaltılması olgusu varlığını sürdürecektir⁸⁷.

Bu arada, öz kriterinin Anayasaya sokulmasının, Anayasa Mahkemesinin, pozitif dayanaktan yoksun bir ilkeyi uyguladığı şeklindeki eleştiriyi gidermek açısından önemli olduğu da vurgulanmalıdır.

3- Sınırlamaların Laik Cumhuriyetin Gereklarine Aykırı Olmaması

Laiklik ilkesi, geçmiş anayasalarda olduğu gibi, 1982 Anayasasında da sıkı bir biçimde korunmuştur. Gerçekten Anayasa, Başlangıç, 2. madde ve bu maddenin içeriğini dolduran 6 ve 10. maddeleriyle laikliği Cumhuriyetin te-

⁸⁴ Bu teoriler için bkz. Gören, , s.376.

⁸⁵ E: 1963/25, K: 1963/87, K.T: 8.4.1963, AMKD, sy.1, s.228.

⁸⁶ Gören, s.378.

⁸⁷ Uygun, s.190.

meli yapmış ve ayrıca, Anayasanın 14, 24 ve siyasal partilere ilişkin 68 ve 69. maddeleriyle laikliği koruyucu, ayrıntılı sayılabilecek düzenlemeler getirmiştir. Fakat hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınır olarak bu ilkeye başvurulması, ilk kez karşılaşılan bir olgudur. Dolayısıyla, bundan böyle, yapılacak sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle birlikte, laik Cumhuriyetin gereklerine de aykırı olamayacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken, laik Cumhuriyetin gereklerinin bir sınırlama nedeni olarak değil, sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olarak değerlendirildiği gerçeğidir. Yani Anayasa Mahkemesi bir hak ve özgürlük sınırlamasının Anayasaya uygun olup olmadığını denetlerken, bunun laik Cumhuriyetin gerekleri açısından zorunlu olup olmadığını tespit edecek ve kararını bu doğrultuda verecektir. Kuşkusuz bu gerçek karşısında önem kazanan husus, laik Cumhuriyetin gereklerinden ne anlaşılması gerektiğidir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, devletin kurum olarak laikliği, egemenliğin kaynağının dünyevi olması, resmi dinin bulunmaması, din ve vicdan özgürlüğünün tanınması ve bu çerçevede, belli bir dinin emirlerinin hukuki yaptırıma bağlanmaması anlamını taşır⁸⁸. Bu özellikleriyle, çağdaş demokrasi anlayışının önemli unsurlarından birisini teşkil eden laiklik ilkesi, temelde iki koşulun varlığını gerektirir. Birincisi, din ve vicdan özgürlüğü, ikincisi ise, devletin dinlere karşı yansız olmasıdır.

Din ve vicdan özgürlüğü, vatandaşların istedikleri dine inanmalarını veya hiçbir dine inanmamalarını (vicdan özgürlüğü) ve inandıkları dinin ibadetlerini serbestçe yerine getirebilmelerini ya da getirmemelerini (ibadet özgürlüğü) içerir. Vicdan özgürlüğü, insanın iç dünyasına ilişkindir ve doğası gereği sınırlanamaz. İbadet özgürlüğünün ise, toplumsal yaşamı etkilediği durumlarda, kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılması mümkündür. Nitekim 1982 Anayasası da konuya bu şekilde yaklaşmış ve 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenleri serbest kılmıştır (m.24).

Devletin dinlere karşı tarafsız olması ise, onun her türlü dinden arınmışlığını, herkesin inancına saygılı olmasını ve dinler konusunda tarafsız kalmasını ifade eder⁸⁹. Bu ilkenin, ideal anlamda laik öğretimi ve devlet yapısı içinde din kurumlarının bulunmamasını da gerektirdiği söylenmelidir⁹⁰. Fakat soruna bu açıdan bakıldığında, Anayasanın 24. maddesinin dördüncü fıkrası gereğinin-

88 Akad-(Vural)Dinçkol, s.297.

89 İbid, s.299

90 İbid, s.300.

ce, din kültürü ve ahlak öğretiminin, ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına alınması ve yine Anayasanın 136. maddesi gereğince Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içinde düzenlenmesinin, ayrı bir durum olduğu görülür. Bu gerçekler ışığında, Türkiye’de geçerli olan laiklik anlayışı ya da uygulamasının, genel geçer laiklik anlayışından ayrı olduğu söylenebilir⁹¹.

Dolayısıyla, laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütünün uygulanması söz konusu olduğunda şöyle bir tartışmanın yaşanması muhtemeldir: Laik Cumhuriyetin gereklerinden kasıt, evrensel laiklik anlayışı mıdır, yoksa bu Anayasada çerçevesi çizilen yerel laiklik anlayışı mı? Kuşkusuz bunun değerlendirmesini yapacak olan Anayasa Mahkemesidir. Fakat Anayasaya böyle bir hüküm konmamış olsaydı bile, yasama organının bu yöndeki olası ihlalleri, özellikle Anayasanın ruhuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle önlenebilirdi. Yine de bu hükmün, özellikle, din ve vicdan özgürlüğünün garanti altına alınması ya da güvenceli bir biçimde korunması açısından önemli olduğu söylenebilir. Gerçi, Erdoğan, konuya ilişkin değerlendirmesinde, “laik Cumhuriyet” in kurulu düzenin ve resmi ideolojinin sembolik bir anlatımı olduğunu ve Türkiye’de hakların çoğu kere bu gerekçelerle kısıtlandığını ifade etmekte ve sınırlamanın sınırı olarak “laik Cumhuriyet” kaydının getirilmiş olmasının kişiler lehine güvence teşkil etmeye elverişli olmadığını belirtmektedir⁹². Fakat konuluş yeri dikkate alındığında, hükmün, özgürlükler için güvence teşkil etmeye matuf olduğu görülmektedir.

4- Ölçülülük İlkesi

Anayasanın 13. maddesindeki, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” şeklindeki ibare, “...Bu sınırlamalar... demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde değiştirilmiş ve böylece ölçülülük ilkesi lafzen de, açık bir biçimde Anayasaya sokulmuştur.

Sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişki noktasında önem kazanan ve bir hakkı sınırlayan önlemlerin etkisi ile, bu önlemlerin yöneldiği amaç arasında bir orantı bulunması gerektiğine işaret eden bu ilke, daha önce de belirtildiği gibi, 1982 Anayasasıyla, adı açıkça zikredilmesine karşın, 13. maddenin ikinci fıkrası ve 15. madde dolayısıyla, pozitif dayanaklara kavuşmuştur. Esasen Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası

⁹¹ Soysal, s.258

⁹² Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişikliği Üstüne”, [http://www. Liberal.dt.org.tr/atme33.htm](http://www.Liberal.dt.org.tr/atme33.htm) (28.11.2001)

döneminden beri, bu dönemde adımı açıkça vermemekle birlikte⁹³, bu ilkeyi bir ölçüt olarak uygulamıştır⁹⁴.

Değişiklik bu açıdan esasa ilişkin bir yenilik getirmemekte, sadece Anayasa Mahkemesinin öteden beri uyguladığı bir ilke, Anayasaya ilave edilmiş olmaktadır. Fakat bu ilave, özü itibarıyla olmasa bile, kanun yapma tekniği açısından eleştirilebilecek cinstendir. Daha değişiklik yapılmadan önce, Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun hazırlamış olduğu değişiklik teklifini değerlendiren Gözler, pozitif hukuk metinlerinin kendi koydukları ilkelere isim veremeyeceklerini, sadece ilkenin içeriğini hüküm altına alabileceklerini, ismin doktrin tarafından verilmesi gerektiğini ifade etmiş ve ölçülülük ilkesi tabirinin anayasanın metninde geçmesinin, sanki anayasanın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesinin veya doktrinin ürettiği bir ilkenin anayasallaştırıldığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmasına neden olacağını vurgulamıştır⁹⁵. Gözler, bu tespitlerin ışığında, şu andaki ibarenin yerine, “temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir” ifadesinin konmasının daha isabetli olacağı görüşünü ileri sürmüştür⁹⁶. Fakat değişiklik, Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun teklifi doğrultusunda gerçekleşmiş ve bu teknik aksaklık Anayasaya yansıtılmıştır.

B- Yeni Sınırlama Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

Yeni sınırlama rejiminin en önemli özelliği, içerik açısından, genellikle belirsiz ve netlikten uzak kavramlardan oluşan genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olmasıdır. Esasında, genel sınırlama hükmü niteliğindeki bu düzenlemeler, yasama organına geniş bir takdir yetkisi vermekte ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ileri noktalara götürülmesine olanak tanımaktaydı. Değişiklikle birlikte genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve hem yasama organının takdir alanı daraltılmış, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile benzerlik sağlanmıştır.

Kuşkusuz, kaldırılmış olan genel sınırlama nedenlerinin, özel sınırlama nedeni olarak bazı maddelere aktarılması olgusunu tartışmak ve eleştirmek mümkündür. Fakat yeni düzenlemenin, Anayasayı, “özgürlük kural, sınırlama istisna” ilkesine yaklaştırdığı ve böylece birey devlet ilişkisinde, birey lehine

93 Bkz. Uygun, s.165

94 Bkz. İbid, s.165 vd; Hakyemez, s.1310 vd.

95 Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?*, s.12

96 İbid, s.12

bir gelişmeye işaret ettiği de bir gerçektir. Buna bir de, 14. maddede yapılan değişikliklerle, kötüye kullanma biçimlerinin azaltılması ve devletin de bu hüküm ihlal edebileceğinin öngörülmüş olması eklenirse, yeni düzenlemenin eskisine oranla ileri bir aşamayı ifade ettiği görülür.

Elbette bütün bu gelişmeler, belli bir iyileştirmeyi ifade etmekle birlikte, 1982 Anayasasının otoriteye ağırlık veren anlayışının tümüyle değiştiği şeklinde yorumlanamaz. Hele Başlangıç kısmındaki değişikliğin çok sınırlı kaldığı dikkate alınır, bu yargı bütünü haklılık kazanır. Bir kere, “Hiçbir düşünce ve mülahaza “ ibaresinin “Hiçbir faaliyet” şeklinde değiştirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından umulan yararı sağlamaktan uzak gözükmemektedir. Çünkü faaliyet sözcüğünün, yazma ve konuşma da dahil, her türlü etkinliği içine alır bir biçimde yorumlanması mümkündür. Anayasa Mahkemesinin Başlangıç kısmındaki ilkeleri ölçü norm olarak kullandığı hesaba katılırsa, kat edilen mesafenin çok da fazla olmadığı anlaşılır.

Yapılan Anayasa değişikliğiyle, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması dışında, öze dokunma yasağı getirilmiş, sınırlamaların laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı esası benimsenmiş ve sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bunlardan öze dokunmama kuralının gereken faydayı temin etmesi, Anayasa Mahkemesinin 1961 dönemindeki yorumuna dönmesiyle mümkün olacaktır. Yüksek Mahkeme eski içtihadına döner ve tekrar “bir hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran ya da kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlanması halinde, o hak ya da özgürlüğün özüne dokunulmuş sayılır” yargısına varırsa, öz kriterinin Anayasada yer alması bir anlam ifade edecek; aksi durumda hiçbir şey değişmemiş olacaktır.

Sınırlamaların demokratik toplum düzeniyle birlikte, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı ilkesi ise, konuluş yeri dikkate alınır ve bu hükmün sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olduğu hesaba katılırsa, genelde bütün özgürlükler, özelde ise dinsel alanla ilgili özgürlükler için önemli bir güvence teşkil eder. Ölçülülük ilkesinin anayasaya girmesi ise, zaten uygulanan bir ilke olduğu için, önemli bir yenilik sayılmaz.

Sonuç olarak, bütün bu gelişmeler karşısında, Anayasanın, nispeten de olsa, devletin korunmasından bireyin korunmasına geçtiğini ve böylece birey devlet ilişkisinde, biraz daha birey lehine bir gelişmenin olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca Anayasada yapılan ve sınırlama rejimiyle ilişkili olmayan diğer değişiklikler de doğrultunun bu yönde olduğunu kanıttır. 26. maddedeki dil yasağının kaldırılması, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında yapılan değişiklikler ve bu çerçevede ölüm cezasının kaldırılması, siyasal partilerin kapatılması konusundaki değişikliklerle odak olmanın belli kriterlere bağlanması

ve özellikle, Anayasanın 118. maddesinde yapılan değişiklikle, MGK kararlarının Bakanlar Kurulunca “öncelikle dikkate alınır” ibaresinin, “değerlendirilir” şeklini alması ve MGK içindeki sivil üye sayısının artırılması bu bağlamda dikkati çeken değişikliklerdir. Diğer taraftan, Anayasanın geçici 15. maddesinde yapılan değişiklikle, 12 Eylül döneminde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülebilecek olması da bu çerçevede altı çizilmesi gereken bir başka yeniliktir.

IV- SONUÇ

İnsanla ilgili bazı gerekleri dile getiren, temelde insan onurunun korunmasını amaçlayan ve böylece insanın özgür kılınmasını hedefleyen hak ve özgürlükler, toplumsal yaşamın zorunluluğu karşısında sınırlama gereğiyle yüz yüze kalırlar. Bir kere, toplumsal yaşam içinde bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Öte yandan, kamu düzeninin sağlanması ve korunması da birey haklarının sınırlandırılmasını gerektirir. Fakat bu sınırlamanın salt düzen ya da otorite uğruna değil, yine özgürlükçü düzen veya ortamın sürdürülebilmesi için yapılması gerekir. Bu tespit dikkate alındığında, sınırlamanın istisna kalması ve her halükarda bireyin korunmasının amaçlanması gerektiği anlaşılır.

1982 Anayasası bu konuda iyi bir örnek teşkil etmekten uzak olmuş ve bu yönüyle her zaman gündemde kalmıştır. Gerçekten 1982 Anayasasının sınırlama rejimi, onun, devlet otoritesini özgürlükler aleyhine güçlendirme ve dolayısıyla bireyi devlet karşısında ikinci plana atma eğiliminin ya da birey özgürlükleri karşısında devletin kutsallaştırılmasının bir göstergesi sayılmıştır.

4709 Sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliği bu anlayışın tersine çevrilmesi bakımından bir umut olmuştur. Fakat, birey lehine önemli açılımlar getirmesine karşın, bu değişikliğin de beklenen ölçüyü tutturamadığı söylenebilir. Yapılan değişiklikle 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olması olumlu bir gelişmedir. Fakat genel sınırlama nedenlerinin pek çoğunun, bazı hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedeni haline getirilmesi değişikliğin olumlu yanını zayıflatmıştır.

14. maddedeki kötüye kullanma biçimlerinin azaltılması ve devletin de bu hükmü ihlal edebileceğinin öngörülmüş olması, başka bir olumlu gelişmedir. Aynı şekilde Başlangıç metninde yapılan değişiklikle, beşinci fıkranın başında geçen, “Hiçbir düşünce ve mülhazanın” ibaresinin, “Hiçbir faaliyetin” şeklini almasını da, ilk bakışta, olumlu bir değişiklik olarak değerlendirmek mümkündür. Yapılan değişiklikle, bu paragrafta vurgulanan ideolojik değerler manzumesi karşısında, hiç değilse düşünce açıklamalarına koruma sağlanmak istendiği

söylenabilir. Fakat, burada, “eylemler” yerine “faaliyetler” sözcüğünün tercih edilmesi, Başlangıç’ın orijinal metninin anlamında ciddi bir değişiklik yapılmadığı intibamı uyandırmaktadır. Çünkü faaliyet sözcüğü, faal olma halini, çalışmayı, canlılığı, hareketliliği ifade eder ve doğal olarak, yazma ve konuşma da dahil, her türlü etkinliği içine alacak bir şekilde yorumlanabilir.

Bunların dışında, öz kriterinin yeniden Anayasaya sokulması, ölçülülük ilkesinin açıkça anılması ve laik Cumhuriyetin gereklerinin, sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olarak Anayasaya konulması ve böylece dinsel alanla ilgili özgürlüklerin güvencesinin sağlanmasını istenmesi de olumlu değişimler olarak zikredilebilir. Fakat, temel hak ve özgürlükler ile ilgili maddeler tek tek dikkate alındığında, özel sınırlama nedenlerine gereğince dokunulmamış olması önemli bir eksiklik olarak kalmıştır.

Sonuç olarak, Anayasanın, tam anlamıyla, devleti sınırlayan ve bireyi kollayan bir siyasal belge haline getirilmesinde çekingen davranılmıştır. Başlangıç kısmında yer alan, “Hiçbir düşünce ve mülahaza...” ibresinin yerine, “Hiçbir eylem...” ibaresinin kullanılmasına cesaret edilemeyip, “Hiçbir faaliyet...” şeklinde ara bir formülle yetinilmesi bunun en açık kanıtıdır. Bu yüzden, yeni sınırlama rejimi değerlendirilirken, hep “nispi bir iyileşme” tabiri kullanılmak zorunda kalmıştır.