

## 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ BAĞLAMINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI (AY. md.13.):

Doç.Dr.H.Tahsin Fendoğlu<sup>1</sup>

**Kısaltmalar:** AY: Anayasa, AYM: Anayasa Mahkemesi, AYMKD: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHK: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, md: madde; C: Cilt, Sy: Sayı.

*Bu yazıda, 2001 tarihinde bazı maddeleri değiştirilen 1982 Anayasasının özellikle 13. maddesi üzerinde durulacak, konu, özgürlüklerin sınırlanması olunca, ilgisi oranında diğer madde değişikliklerinden de kısaca söz edilecektir. Yazı bir girişle başlamakta, 1982 Anayasası değişmelerine kısaca göz atılmakta, 13. madde irdelenmekte, sonuç ve önerilerle sona ermektedir.*

### I.GİRİŞ: 1982 ANAYASASINI YENİDEN DEĞİŞTİRME İHTİYACI VE ÖNCEKİ DEĞİŞİKLİKLER:

Hakların sınırlanması konusu, iç hukuktaki birey-devlet ilişkilerinde olduğu gibi, AİHM ile Türkiye arasındaki ilişkilerde de hukuk ihlallerinin odak noktasını teşkil etmektedir. Bireyle devlet ve devletle AİHM arasında bir ilişkiler yumağı bulunmaktadır. Anayasadaki özgürlükleri korumak Devletin görevidir. Bireylerin bazı koşulların varlığı halinde AİHM'e gitme hakları da vardır. AİHS'ni kabul etmekle, Devletimiz ve mahkeme arasında bir gerginliğin olduğu söylenebilir. Türkiye ve diğer akit devletler, nesnel yükümlülükler doğuran bir formlar belgesini birlikte kurmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, **Golder Davası**<sup>2</sup>nda (1975) AİHS'nin ana

---

<sup>1</sup> Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>2</sup> **Golder/United Kingdom** davası için bk. 21.02.1995; Seri A, No.18, Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa İctihatları**, Beta, İstanbul, 1996, 41-53.

## *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

görevinin bireyin haklarını korumak ve bireyin korunmasını etkili kılmak olduğunu belirtmiştir. Bugün de bu görüş genelde kabul görmektedir.<sup>3</sup> Bütün bu dış gelişmelere karşın, 1982 Anayasasının siyasal felsefesinin, özgürlük-otorite dengesini kuramadığı belirtilebilir. 1982 Anayasası bu nedenle genelde eleştirilmiştir.

1.1982 Anayasası, Batıdaki Anayasal gelişmelere aykırı olarak hazırlanmış, bireyin Devlete karşı korunmasını amaçlamamıştır. Tepki anayasası olan ve özgürlüklerin teröre neden olacağı varsayımından çıkış yapan, hiyerarşik yöntemle hazırlanan bu Anayasa, birey karşısında devleti kutsayan bir yapıdadır. Birey ve toplumu siyasi bir tehdit olarak gören, onları siyasi bir dar alana hapseden, devleti kurarken de devleti koruma içgüdüsüyle davranan bir yapıdadır. Özbudun'un dediği gibi, Devlete sahip olanlar, sivil topluma ve sivil toplum kurumlarına adeta kuşkulu bakabilmektedirler.<sup>4</sup> Anayasacılık felsefesine uygun olarak devlet iktidarının keyfiliğini sınırlayan, güçlü devlet karşısında güçsüz bireyin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir garantist anayasa olmaktan uzaktır. Birey-devlet ilişkisinde kuşkusuz ki öncelik bireye aittir. Devlet amaç değil araçtır. Düzeni sağlayan Devlet, özgürlüğün bir koşuludur. Çünkü denildiği gibi, “ya Devlet başa ya kuzgun leşe”. Oysa 1982 Anayasası, adeta, sınırlanmamış özgürlük bırakmamıştır.<sup>5</sup> Bütün bu nedenlerle de şu ana kadar 6 kez değiştirilmiş ve hala da Anayasanın yeniden değişmesi gündemdeki yerini korumaktadır.

Bazı kesimlerde, toplumsal sorunların çözümünün anayasa değişikliği ile olabilir düşüncesi bulunmaktadır; oysa anayasalar başlıbaşına bir çözüm sayılmazlar.<sup>6</sup> Bazı yazarlar anayasanın yeni baştan yazılmasını isterken diğerleri kısmi değişikliğin yeterli olacağını belirtmektedirler. Aynı şekilde bazı yazarlar, Anayasanın “itibari bir Anayasa” olduğunu belirtirler.<sup>7</sup> Yeni sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler de insan haklarının ihlali nedeniyle anayasa değişikliği düşüncesini doğurmuştur. Kurulan dengeler sürekli ve durağan bir şekilde durmamaktadır. Örneğin, 1990 sonrasında ideolojiler çökünce, yeni ideoloji “insan hakları” olmuş, insan haklarının kapsamı da

<sup>3</sup> Türmen, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, Yargıtay Dergisi, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sy. 1-2, 192-213, 212.

<sup>4</sup> Özbudun, “Türkiye’de Siyasal Kültür ve Demokrasi”, Türkiye’de Demokrasi ve Siyasal Kültürün Gelişmesi, İzmir, 1990, 66.

<sup>5</sup> Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, İmaj Yayınları, Ankara, 1996, 270.

<sup>6</sup> Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, 7. Baskı, İstanbul, 1987, 406.

<sup>7</sup> Sami Selçuk, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (1999-2000 Adli Yıl Açış Konuşması). İtibari anayasa kavramı için bk. Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 3. B., Ankara, 1999, 29.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

sürekli gelişmiş ve sınırlamalar da daralmıştır. AİH Komisyonu'nun<sup>8</sup> ve AİHM'nin, daha önceleri hakları dar anlamda yorumlarken, son yıllarda hakların kapsamını genişlettiği görülmektedir. AİHS'nin kabulünün üzerinden 50 yıl geçtikten sonra ek protokollerle Sözleşme'ye yeni haklar eklenmiş, bireysel başvuru hakkının tanınması zorunlu hale getirilmiş, hükümetlerin kararları üzerinde etkili olduğu Komisyon ortadan kaldırılmış ve AİHM kararları kesin hüküm niteliğinde ve bağlayıcı olmuştur.

Bütün bu gelişmeler doğrultusunda Anayasanın değiştirilmesi gerekli olmuştur.

2001 Ekim Anayasa değişikliğinin “genel gerekçeleri”ne bakıldığında şunların belirtildiği görülmektedir; kamuoyunun beklentileri, yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenme gereği, AB'ne tam üyelik sürecinde gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının lüzumu, çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun insan hakları ve hukukun üstünlüğünü öne çıkarmanın amaçlandığı anlaşılmaktadır.<sup>9</sup> 2001 Anayasa değişikliğinin madde gerekçelerine bakıldığında ise, düşünce özgürlüğünün sağlanması, AİHS'e uygun olmayan normların ayıklanması, özgürlüklerin daha da artırılması, dil yasağının kaldırılması, düşünce ve anlatım özgürlüğünün gerçekleştirilmesi, AİHS'nin 6. maddesine uygun olarak **adil yargılanma hakkının** sağlanması, AİHS'nin 6 nolu Protokolüne uygun olarak ölüm cezasının kaldırılması veya sınırlandırılması, bireyin hak arama özgürlüğüne önem verilmesi, Siyasi Partilere kapatma cezası yanında başka önlemlerin de varlığının da öngörülmesi, iç-dış hukuk çatışmasında AB'ye uyum için Milletlerarası Anlaşmaların esas alınması (kabul edilmedi) gibi birtakım düzenlemelerin yapılmasının gerekçelendirildiği anlaşılmaktadır.

Kuşkusuz ki anayasaların önemli bir işlevi de bireyin özgürlüğünü korumak, bu hakların güvencesini oluşturmaktır. Anayasaların *toplum sözleşmesi* olma özelliğini taşımaları gerekir. Gerçi anayasaların sık sık değiştirilmeleri uygun değildir ama kuşkusuz ki anayasalar donmuş metinler de değildir. Toplumsal değişme ve gelişmelere paralel olarak değiştirilmeleri de gerekebilir. Aslında modern anayasalar nasıl değiştirileceklerini belirterek

---

<sup>8</sup> Avrupa İnsan Hakları **Komisyonu**, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren **11 Nolu Protokol** ile kaldırılmış, Komisyon ile Mahkeme tek Mahkemeye dönüştürülmüş, bireysel başvuru hakkının tanınması seçimlik değil zorunlu olmuştur. Türkiye 1987'de bireysel başvuru hakkını tanımıştı; bk. Fendoğlu, H.T., **Hukuk Bilimine Giriş**, İstanbul 1997, Filiz Kitabevi, 184.

<sup>9</sup> Özgürlükler ve Anayasa ilişkisi için bk. Fendoğlu, H. T., “**Özgürlükçü Anayasa Üzerine**”, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Yayımlayan, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Yayını No. 8, Ankara 1999, 245-275. Anayasa yapımı, Anayasayı değiştirme sorunu hk. bk. Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998; Tunç, Hasan, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2.B., Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, 69-73; Atar, Yavuz, **Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Konya, 2000.

## *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

değişimi bizzat kabul etmişlerdir. Fakat belirtilen nedenlerle Türkiye’de bu değişiklik tartışmaları biraz fazla yer tutmaktadır.

Anayasa değişikliklerine rağmen, Anayasayı yorumlama durumunda olan AYM’e özgürlükler yolunda önemli görevlerin düştüğü kuşkusuzdur. Günümüz anayasa hukukunun üçüncü dönemi, anayasa yargısının (Anayasa Mahkemelerinin) kurulduğu 1960 sonrasıdır.<sup>10</sup> Bu üçüncü dönemin önemi yadsınamaz. Yeni demokrasi anlayışında yasa, sadece seçilenlerin iradesinde değil, yorumu ve empozesi ile Anayasa Mahkemelerinde bulunduğu gibi bireyler bir sonraki seçime kadar anayasa mahkemesine (Türkiye’de dolaylı) başvurarak anayasal zorlama araçlarını kullanabilmektedirler. İşte bu yeni anlayışa *sürekli demokrasi* (genişletilmiş demokrasi veya *anayasal demokrasi*) denilmektedir. “*Anayasal demokrasi*” kavramına göre, “*hukuk devleti*” kavramının daha geniş olduğu belirtilebilir.<sup>11</sup> Anayasa Mahkemeleri, yorumlama faaliyetleri sonucunda sadece özgürlükleri koruyan ilkeler geliştirmekle yetinmezler, anayasal değerlerde ilkelere giderek, aynı zamanda norm yaratma yoluyla insan haklarını zenginleştirirler. *Yasama organları*, günümüzde genel iradenin oluşumunu teklinde tutmamakta, yasanın Parlamentonun eseri olduğu şeklindeki klasik anayasal anlayış bugün aşılma olup Anayasa Mahkemesi, belirli yasama hükümlerini yürürlükten kaldırabilmekte, yasayı yorumlayabilmekte, uygulama tarzlarını belirleyebilmekte, etkisini sınırlayabilmekte ve yasama organına öğütte bulunabilmektedir.<sup>12</sup> Anayasa değişikliklerinde, *Anayasa Mahkemesinin ürettiği icthatların önemli bir rolünün olduğu açıktır.*

---

<sup>10</sup> Çağlar, Bakır, “**Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler**”, Anayasa Yargısı, C. VIII, Ankara, 1991, 13-62, 13, dn. 1.

<sup>11</sup> Detay için bk. Bakır Çağlar, “**Hukuk’la Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi**”, Anayasa Yargısı, 31. Yıl, Ankara, 1993, 233-249; Giovanni Sartori, **The Theory of Democracy Revisited**, New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1987, s. 16-23; İbrahim Ö. Kaboğlu, “**Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları**”, Anayasa Yargısı, 31. Yıl, Ankara, 1993, C. X, 395-404; aynı yazar, **Anayasa Yargısı**, 169-171; Kelsen’in görüşleri için bk. Öktem, Niyazi, “**Anayasa Yargısı ve Hukuk Felsefesi**”, Anayasa Yargısı, 29. Yıl, Ank. 1991, C. VIII, 265-275. Felsefede devletçilik-demokrasi değerlendirmeleri için bk. Russell, Bertrand, **The History of Western Philosophy** (and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day), Third Edition, London, 1948, 607; Ritchie, A. D., **British Philosophers**, Longman Publisher, 1950, 15.

<sup>12</sup> Anayasa Mahkememiz (AYM) bir kararında, yasama organının, bir yasa çıkarırken, 153. madde uyarınca, daha önce iptal edilen yasaların iptal gerekçe ve sonuçlarını gözönünde bulundurmamak durumunda bulunduğunu belirtmiştir; E. 1993/26, K. 1993/28, 16.9.1993. Anayasa Mahkemeleri, ön-yasayıcı (pre-legislature), olumlu yasayıcı (legislature positif) ve eş-yasayıcı (co-legislature) durumundadırlar; Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 145-146.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

**2. 2001 yılı öncesinde yapılan dört Anayasa değişikliği.** 1982 Anayasası 2001 öncesinde 4 kez değiştirilmiştir.<sup>13</sup> **(i)1987** tarihli Anayasa değişikliği.<sup>14</sup> **(ii) 1993** tarihli Anayasa değişikliği. 8 Temmuz 1993 tarih ve 3913 sayılı kanunla yapılan değişiklikler<sup>15</sup> ile **133.** madde değiştirilmiş, radyo-TV yayıncılığında devlet tekeline son verilmiş, özel radyo-TV istasyonlarının kurulmasına izin verilmiştir. **(iii) 1995** Anayasa değişikliği,<sup>16</sup> bu yıla kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısıdır. Bu değişiklik ile Başlangıç<sup>17</sup> ve 14 adet madde değiştirilmiştir. **(a)** Anayasanın **Başlangıcında** iki önemli değişiklik yapılmıştır; Birincisi, “**kutsal** Türk Devleti” yerine “**yüce** Türk Devleti” denilmiştir. Yani kutsal kelimesi yerine yüce kelimesi getirilmiştir. “Kutsal” kavramı, “meşruiyetini hukuktan değil de kendisinden almaktadır”, anlamına gelebildiğinden bu değişim, hukuk devleti fikri açısından olumlu olmuştur. Devlet kutsal olunca, bireyin özgürlükleri Devleti sınırlandıramaz. İkincisi ise, 12 Eylül askeri darbesini meşrulaştıran ifadelerin yürürlükten kaldırılması olmuştur. **(b) Toplu özgürlükler alanında,** madde **33, 52, 135, 149** ile dernek, sendika, meslek kuruluşları, sivil toplum örgütlerine ilişkin kısıtlamalar kaldırılmıştır. **69/2** ile Partilerin bunlarla işbirliği yasağı kaldırılmış, derneklerle ilgili güvenceler artırılmış (**33/2, 4**), memurlara sendika kurma hakkı tanınmıştır (**53/3**). Depolitizasyonun aşılması yönünde önemli adımlar atılmış, katılımcı demokrasinin yolu biraz daha açılmıştır. Ama memur sendikalarına toplu sözleşme ve grev hakkı tanınmamıştır. **(c) Siyasi hak ve özgürlükler alanında,** seçmen olma yaşı 18’e indirilmiş (**67/3**), tutuklu ve yurt dışındaki yurttaşlara oy hakkı tanınmış (**67/5**), parti üyeliği yaşı indirilmiş (**68/1**), yükseköğretim elemanları ile öğrencilere parti üyeliği serbest bırakılmış (**68/6-7**), partilerin kadın kolu, gençlik kolunu yasaklayan hüküm anayasadan çıkarılmış (**68/5**), böylece dar bir alana hapsedilmiş olan siyasetin beslenme kanalları kısmen genişletilmiş, canlandırılmış, sivil siyaset karşıtı olan Anayasa düzeltilmeye çalışılmıştır. **(iv) 1999 Anayasa değişikliği**<sup>18</sup> ile Anayasa’nın **143.** maddesi değiştirilmiş,

<sup>13</sup> 1982 Anayasa değişiklikleri için bk. [www.tbmm.gov.tr/anayasa/Anayasa2001.htm](http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/Anayasa2001.htm)

<sup>14</sup> RG. 18.5.1987-19644 Mükerrer.

<sup>15</sup> RG.10.Temmuz 1993-21633.

<sup>16</sup> 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı kanunla yapılan 1995 değişiklikler için bk. RG. 26.7. 1995-22355.

<sup>17</sup> “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir”; 1982 AY., md. 176. AYM, kararlarında, Anayasanın başlangıç kısmını, ölçü norm olarak uygulamaktadır; bu durumun, “yerindelik denetimi”ne eğilimi riski bulunduğu belirtilebilir; bk. E.1984/14, K. 1986/7, 13.06.1985, **AYMKD-21**, 173-4; E. 1986/24, K. 1986/24, 9.10.1986, **AYMKD-22**, 259.

<sup>18</sup> 18 Haziran 1999 tarih ve 4388 sayılı kanunla yapılan değişiklikler için bkz. RG. 18.6.1999-23729 mükerrer ve aynı yıl ikinci kez yapılan anayasa değişikliği için de bkz. RG. 14.8.1999-23786.

## *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

DGM'deki askeri hakim ve savcılarının yerine sivil hakim ve savcılarının atanması kabul edilmiştir. Bu konuda AIHM kararları etkili olmuştur.<sup>19</sup> Toplam bu 4 değişikliği, liberal-demokratik anayasacılık açısından olumlu karşılamak gerekir, ama bütün bu değişiklikler yetersiz görülmüş olmalı ki Anayasayı değiştirme düşüncesi sürmüştür. Şu ana kadar ki reformlarla Anayasanın temel felsefesi, birey-devlet ilişkileri ve yönetim sisteminin tam olarak değiştirilebildiği söylenemez. Bu nedenle de Anayasa sorunu güncelliğini sürdürmüştür. Bu arada anayasa yapma arayışları sürmüş, yeni anayasa önerileri de yapılmıştır. Bütün bu değişikliklerin ulusal istek kadar, dış politika önceliklerinden veya uluslararası yükümlülüklerden doğduğu eklenmelidir.<sup>20</sup>

### **II. GENEL OLARAK 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ:**

1982 Anayasasında şu ana kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısı 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılmıştır. 2001'de Anayasa iki kez değiştirilmiştir. Birincisi<sup>21</sup> 3 Ekim 2001<sup>22</sup>'de, ikincisi<sup>23</sup> ise Anayasa'nın sadece 86. maddesine ilişkin bir değişiklik olup 21 Kasım 2001 de yapılmıştır. Burada sadece Ekim-2001 tarihli değişikliklerden söz edeceğiz. 4709 sayılı kanunla yapılan 2001 değişikliklerini iki alana ayırabiliriz; Devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikler ve özgürlükler rejimine ilişkin değişiklikler. Devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikleri de üç bölüme ayırabiliriz; TBMM'nin görev ve yetkileri (md. 87), MGK (md.118), ve diğer değişiklikler. Özgürlükler rejimine ilişkin değişiklikler 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 yaklaşık % 85'i temel hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Biz bu yazıda bunlardan bahsetmeyecek, sadece 13. ve ilgisi oranında 14. maddeden söz edeceğiz.

<sup>19</sup> Incal davası (Başvuru no: 22678/93) için bk. Gemalmaz, M. Semih, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-1-: Kabul Edilebilirlik Kararları**, Beta, İstanbul, 1997, s. 191-200; elektronik kaynak olarak bk. [www.geocities.com/vbicak/incal.htm](http://www.geocities.com/vbicak/incal.htm) (case of incal/turkey (41/1997/825/1031) (9 June 1998) ve [www.hudoc.echr.coe.int/hudoc\\_1doc2/HEJUD/199901/incal.batj.doc](http://www.hudoc.echr.coe.int/hudoc_1doc2/HEJUD/199901/incal.batj.doc)

<sup>20</sup> Türkiye'nin Ulusal Programı'nda Anayasa'nın değiştirileceği taahhüdü vardır; bu konuda bkz. [www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/ABulusal.htm](http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/ABulusal.htm)

<sup>21</sup> Anayasa değişikliği paketinde bulunan üçüncü madde ise değiştirilemedi. Bunlar, AY'nın 76 maddesi (ideolojik ve anarşik kelimelerini terör kelimesi ile değiştirmek için), ve 90. madde (çatışma halinde milletlerarası anlaşmalar esas alınır) maddeleriydi. 2001/1 değişikliğinin yapıldığı 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanun için bk. RG. 17.10.2001-24556 Mükerrer.

<sup>22</sup> 4709 sayılı yasa ile Anayasanın Başlangıcı ve 33 maddesi değişmiştir.

<sup>23</sup> 2001/2 değişikliğinin yapıldığı 21. 11. 2001 tarih ve 4720 sayılı kanun için bk. RG. 1.12.2001-24600.

**Kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 19)** konusunda 19.md.nin 5.fikrasının ilk cümlesi, 6. fıkrası ve son fıkrası değiştirilmiş, 3 yenilik getirilmiştir; toplu suçlar için düzenlenen **15** günlük gözetim süresi **4** güne indirilmiştir.<sup>24</sup> 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 değişimlerdir. Ayrıca zarar halinde bunu Devletin karşılayacağı esası getirilmiştir.

Düşünce açıklama ve yayma özgürlüğünde (md. 26) bu madde ile getirilen tek yenilik, eski metnin 3. fıkrasında bulunan **dil yasağının** kaldırılması olmasıdır.<sup>25</sup> Buna paralel olarak **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

---

<sup>24</sup> Bu önemli bir değişikliktir. Terör suçunun tanımı ve gözetim süreleri için bk. Fendoğlu, H. T., “**Uluslararası Belgelerde Terörizm**”, Fırat Üniversitesi Rektörlüğü, 27-29 Mart 2000, “Uluslararası Doğu ve Güneydoğu’da Huzur ve Güvenlik Sempozyumu (Terör, Etkileri ve Çözüm Önerileri)”. Fırat Üniversitesi Rektörlüğü Yayını, Elazığ, 2000, 757 vd. Geniş bilgi için bk. Hazır, Hayati, **Demokrasilerde İstikrarsızlığın Sebebi Olarak Siyasal Şiddet ve Terörizm**, Basılmamış Doçentlik Tezi, Konya, 1992. Hafizoğulları’na göre, TMK, terör saikiyle işlenen suçları demokratik toplumsal düzene karşı işlenen suçlar değil, Devlete karşı işlenen suçlar kabul ederek büyük bir çıkmaza girmiştir. TMK, demokratik toplumsal düzene karşı işlenen suçları, terör saikiyle işlenen suçlar adı altında gizlemekte ve böylece terörle mücadeleyi zorlaştırmaktadır; Hafizoğulları, Zeki, “**Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler**”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. III, Sy.1, Ocak-1995, 14. PKK liderinin TMK gereğince, DGM tarafından yargılanıp ölüm cezasına çarptırılması karşısında açılan **Öcalan/Türkiye davası** ve kabuliyet kararı (decision on admissibility) için bk. **Human Rights Law Journal**, 31 December 2000, Vol. 21, No. 9-12, 488-500.

<sup>25</sup> AB ülkeleri, “**ana dilde yayım**” konusunu genelde iki koşulla kabul etmişlerdir; **Yayımın ulusal menfaatlere uygun yapılması ve zaman sınırlaması koşulları**. Örneğin **Polonya** sadece **Germen** kökenli olanlara müsaade etmekte, **Ukrayna**’lı olanlara ve **Tatar**’lara izin vermemektedir. **Fransa**, bireysel temelde olmak koşuluyla farklılığı tanımış, Fransızca dışındaki başka bir dille yayım için Fransa’nın bizdeki RTÜK benzeri organı ile sözleşme yapmasını zorunlu kılmıştır. **Portekiz**’de Çingeneler, tek etnik grup olarak benimsenmiş, kültürel haklarına saygı taahhüt edilmiş ama azınlık olarak tanınmamıştır; **Hürriyet**, 8 Mart 2002, “Ana Dilde Yayım” başlıklı yazı. Ayrıca bk. “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kn. No. 4744, K.T., 6.02.2002, RG. 19.02.2002, Sy. 24676; “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, Kn. No. 4748, K.T., 26.03.2002, RG. 09.04.2002, Sy. 24721; ayrıca bk. 08.04.2002 tarihli **Hürriyet**, “Sezer 2. Uyum Paketini Onayladı” başlıklı yazı.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

özgürlüğünün getirildiğini söylemek çok zordur. Yeni düzenleme ile düşünce özgürlüğü önündeki engeller çoğaltılmıştır. Kaldı ki getirilen bu engellerden bir çoğu tanımlanması muğlak olan ifadeler taşımaktadır. Mevcut durumun sorgulanma ve eleştirisi ifade özgürlüğünün kötüye kullanılabilmesi sayılabilmektedir. Oysa, AİHM kararlarına göre demokrasinin özü **sorgulama ve eleştiridir**.<sup>26</sup> Bu konuda önceki Anayasa metninin daha iyi olduğu söylenebilir. Bu maddenin son fıkrasına bir ekleme yapılarak, “ düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir” ifadesi eklenmiştir. Düşünce özgürlüğüyle ilgili olarak Anayasanın **Başlangıç** kısmının 5. paragrafının başında geçen “hiçbir düşünce ve mülahazanın” deyişi, “hiçbir **eylem**in” şeklinde Uzlaşma Komisyonunda isabetli olarak öngörülmüş iken Genel Kurulda, “hiçbir **faaliyetin**” şeklinde kabul edilmiştir.<sup>27</sup> Oysa düşünce özgürlüğü, doğası gereği sınırlandırılmaz. Kaldı ki düşünce özgürlüğünde ileride değinileceği üzere, diğer özgürlükler gibi kendi içinden doğan nesnel sınırlar vardır. Zaten uluslararası standartlara göre de, faşist, ırkçı ve bölücü düşünceler ile hakaret ve iftira gibileri düşünce özgürlüğünün alanı dışındadır.

**Diğer hak ve özgürlükler.** 20. madde ile özel hayatın gizliliği, 21. madde ile konut dokunulmazlığı, 22. madde ile haberleşme özgürlüğüne ilişkin ortak değişiklikler yapılmıştır. Şöyleki; genel sınırlama nedenleri 13. maddeden çıkarılmış olduğu için bu üç hak ve özgürlük için 6 tane sınır getirilmiştir; *milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*. Böylece eski metne göre yeni metinle bu üç özgürlük alanı daha da daraltılmıştır. Ayrıca bu üç mahremiyet alanına Devlet tarafından olabilecek müdahalelere sınır getirilmiştir. Buna göre, yetkili merci kararını 24 saat içinde yargıç onayına sunacak, yargıç en geç 48 saat içinde karar verecek, aksi halde müdahale kendiliğinden kalkacaktır. Bu değişiklik olumludur. Aynı şekilde 23. maddedeki yurt dışına çıkmadaki “ülkenin ekonomik durumu” sınırı kaldırılmıştır. Bu da olumlu bir gelişmedir.

**Dernek kurma** özgürlüğü ile 33. maddede iki değişiklik yapılmıştır. *Birincisi*, 13. madde ile kaldırılan genel sınırlama nedenlerinin yerine yeni sınırlama nedenleri (*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak, ve başkalarının özgürlüklerinin korunması*) getirilmiştir. *İkincisi*, eski metinde bildirim usulüne ilişkin 2. fıkra kaldırılmıştır. Bununla yasa koyucuya dernek kurma özgürlüğü konusunda

<sup>26</sup> **Handyside/United Kingdom**, 7 Decembre 1976; Seri A, No. 24, Doğru, 55-73.

<sup>27</sup> Bu değişiklik için bk. [www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari-teklif-ss.ilgili-komisyonlar?kanunlar-sira-no=17799](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari-teklif-ss.ilgili-komisyonlar?kanunlar-sira-no=17799)



## 19 Anayasa Yargısı 2002

geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece yasa koyucu dernek kurmayı izne bağlayabilir<sup>28</sup>ki bu olumsuz bir değişikliktir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin 34. maddede yapılan değişikliğin biri olumlu diğeri olumsuzdur. Şöyleki, 34. maddenin 2,4 ve 5. fıkraları yürürlükten kaldırılmış ve kısıtlamalar kaldırılmıştır ki bunu olumlu karşılamak gerekir. Ama 34. maddenin 2. fıkrasıyla yeni sınırlama nedenleri (*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının özgürlüklerinin korunması*) ile kısıtlamalar getirilmiştir.

“Hak arama özgürlüğü”ne ilişkin 36. maddeye yapılan bir ekleme ile AİHS’nin 6. maddesindeki “**adil yargılanma hakkı**” tanınmıştır ki bunu olumlu karşılamak gerekir.<sup>29</sup>

**Suç ve cezalara** ilişkin olarak 38. madde ile getirilen üç önemli yenilik, üç yeni fıkra eklenerek yapılmıştır. Bunlardan iki tanesi olumludur. AİHS’nin 4 nolu Protokolüne uygun olarak getirilen değişiklikle, kanuna uygun olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğine dair cümle olumludur.<sup>30</sup> İkinci değişiklik ise, “*savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör halleri dışında ölüm cezası verilemez.*” cümlesidir. Burada terör suçuna ölüm cezası verilmesi eleştirilmektedir. Ayrıca terörle mücadele Yasasındaki terör tanımına da itiraz edilmektedir; gerçekten de yayın, konuşma, bir araya gelme (örgütlenme) ve düşünce suçlarının dahi terör suçu kapsamında değerlendirildiği belirtilebilir. “Terör suçları”na ölüm cezası verilmesi AİHS’nin altı nolu Protokolüne (Strasbourg, 28.4.1983) aykırıdır.<sup>31</sup>

Ayrıca, Anayasanın 67. maddesi değişikliği ile, taksirli suçlardan hüküm giyenlere oy kullanma hakkı getirilmiş, bu maddeye eklenen son fıkrayla da seçim kanunlarındaki değişikliğin, yürürlükten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağı –haklı olarak- belirtilmiştir.

69. madde değişikliği ile parti kapatma yerine uygulanabilecek diğer önlemler üzerinde durulmuştur. 149. madde değişikliği ile de partilerin AYM’in beşte üç oy çokluğuyla kapatılabileceği hükmü getirilmiştir. 74. madde değişikliği ile esasta bir değişiklik yapılmamıştır. Ayrıca karşılıklılık

<sup>28</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası için Bir Savunma**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2001, 26.

<sup>29</sup> Gerçekten de Guizot’un dediği gibi, “*Siyaset mahkeme salonlarına girdiği anda adalet oradan çıkmalıdır.*”

<sup>30</sup> Detay için bk. Vahit Bıçak, **Improperly Obtained Evidence A Comparison of Turkish and English Laws**, Ankara, 1996.

<sup>31</sup> Ölüm cezası ile ilgili 6 Nolu Protokol, 1 Mart 1985’de yürürlüğe girmiştir.; Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, 785-786. Ayrıca bk. **Öcalan/Türkiye** davası; Human Rights Law Journal (HRLJ), 31 December 2000, Vol. 21, No. 9-12, 448-500, (kabuliyet kararı: Decision on Admissibility: 14 December 2000). Türk hukuk mevzuatında ölüm cezasına yer veren kanunlar ve maddeleri için bk. Hüsnü Öndül, “**Türkiye’de İnsan Hakları ve Demokratik Standartlar Sorunu**”, Hukukun Üstünlüğü-Demokrasi-İnsan Hakları, 104.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

şartıyla ülkemizdeki yabancılara dilekçe hakkı tanınmıştır ki bu olumlu bir gelişme sayılabilir.

Değişmelerin amacı demokratikleşmeyi ve yeniden yapılanmayı gerçekleştirmek, siyasal katılım kanallarını genişletmek olduğu halde yapılan değişimlerin bu amaçları yeterince karşıladığı söylenemez. Kaldı ki Türk Ceza Yasası, Siyasal Partiler Yasası, Sendikalar Yasası ve Seçim Yasası gibi ilgili uyum yasalarının da yeterince gerçekleştirildiği söylenemez.<sup>32</sup>

### III.OLAĞAN DÖNEMLERDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI (AY. 13. md.):

#### A. GİRİŞ:

Anayasamızın 17-74. maddeleri arasında yer alan 58 maddede birçok temel hak ve özgürlük düzenlenmiştir ama aslında ne kadar insan fiili varsa o kadar da serbest hareket etme gücü yani özgürlük vardır.<sup>33</sup> Temel hak ve özgürlüklerin sübjektif, objektif, anayasal ve yasal olmak üzere başlıca dört sınırından söz edilebilir.<sup>34</sup> Kuşkusuz ki bir düzenin bozulması *kuvvetle muhtemel* ise sınırlama sözkonusu olabilir.

Hakların sınırlanması hemen tüm sistemler ve düşünürlerce kabul edilmiştir. John Lock'a göre, "doğal durum"da da haklar sınırlanmıştır. Her hakkın içinde bir sınırlama vardır. Hak madalyonun bir yüzü, ödev ise diğer yüzüdür. İnsan hakları "öteki"ne saygı üzerine kuruludur. Kaldı ki haklar sadece ödev ve sorumlulukla tanımlanmaz. Ayrıca insan aklıyla doğru olanı seçer. Ve yine, farklı özgürlükler arasındaki çelişki de bir sınırlamadır. Örneğin, özel yaşam hakkı ile ifade özgürlüğü gibi. Bu nedenle "insan

<sup>32</sup> Örneğin Türk Ceza Yasası'nın 450. maddesi, son AY değişikliği (38. md) ile "Anayasanın üstünlüğü ilkesi" gereğince zımnen yürürlükten kalkmıştır; açıkça yürürlükten kaldırılması da gerekir. Bk. **Hürriyet**, 8.4.2002.

<sup>33</sup> Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, 214; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, 2000, 168-9. Bu "isimsiz hürriyetler" in Anayasal dayanağı olarak 12/1 (*herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir*) ve ayrıca 17/1'de geçen "*maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı*" kabul edilebilir ve bu diğer hak ve özgürlüklere göre bir genel hükümdür (lex generalis); diğer hak ve özgürlükler ise lex specialis'dir; ibid.

<sup>34</sup> Bunların birincisine sınırlılık, ikincisine sınırlama denilmesi daha uygundur; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, 33; Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 225. "**Sınırlama**, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasakoyucu tarafından daraltılmasıdır. ...Buna karşılık temel hak ve özgürlüklerin **durdurulması**, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kaullanılmalarının olanaksızlığını anlatır... Adından anlaşılacağı gibi, durdurma sürelidir". E.1992/36, K1993/4, 20.1.1993, **AYMKD-29**, 219.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

hakları yargısı, bir dengeler oyunudur”. Örneğin **Klass/Federal Almanya davasında** AİHM şöyle der: “Demokratik toplumun korunması ile bireyin hakları arasında bir uzlaşma sağlanması Sözleşme sisteminde mevcuttur”.<sup>35</sup>

**1. Sübjektif sınırlar** hakkın kendinde mündemiç sınırlardır ki bunun kaynağı olarak AY’ nın; **12/2.** maddesi gösterilebilir.<sup>36</sup> Bunun anlamı, temel hak ve özgürlüklerin, henüz doğarken sınırlı bir şekilde doğmakta olduklarıdır.

**2. Objektif sınırlar.** Bazı hak ve özgürlüklerin niteliklerinden doğan sınırlara **objektif sınırlar** denilebilir. Örneğin dilekçe hakkı, objektif sınırlılığı gereği, hakaret ve tehdit unsurlarını taşımaya izin vermez. Bunlar bir özgürlüğün niteliğinden doğan, eşyanın tabiatında var olan sınırlardır, örneğin basın özgürlüğü, kişilerin şeref ve haysiyetine tecavüzü içermez. Bu objektif sınırlılığın anayasa veya yasa ile konulması gerekmez. Bu nedenle dilekçe hakkına ayrıca hakaret ve tehdit yasağı getirmenin anlamı yoktur.<sup>37</sup>

**3. Hak ve özgürlükler bizzat Anayasa ile ve/veya**

**4. Yasalarla sınırlanabilir.**<sup>38</sup>

AİHS sistemine göre de haklar bazı nedenlerle sınırlanabilir. Bunlardan **birincisi**, hakkın kendiliğinden doğan sınırlamalardır. AİHS, bir hakkı tanımlarken, hakkın kendinden kaynaklanan sınırlamalar ortaya çıkmaktadır. Örneğin AİHS’nin 4 maddesine göre, angarya yasaktır ama doğal afetlerde bireye hizmet yükümlülüğü vardır. Veya AİHS’nin 5. maddesine göre birey serbesttir ama bazı koşulların varlığı halinde tutuklanabilir. **İkincisi** özel statülü bazı kişilere getirilen sınırlamalardır; örneğin AİHS’in 11. maddesine göre güvenlik güçlerinin (asker, polis vs) dernek kurma hakkı sınırlanabilir. **Üçüncüsü** AİHS’nin 8-11. maddelerinin 2. paragrafına göre, devletler meşru amaçlarla sözkonusu hakları sınırlandırabilir. **Dördüncüsü**, AİHS’nin 15. maddesine göre, savaş halinde Devlet, AİHS’den doğan yükümlülüklerini askıya alabilir. **Beşincisi**, AİHS’nin 17. maddesine göre AİHS’de yer alan haklar kötüye kullanılamaz. **Altıncısı**, AİHS’nin 18. maddesine göre AİHS’deki sınırlar, belirtilen amaç dışında kullanılamaz.<sup>39</sup>

### B. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ:

1961 Anayasası, genel olarak, her temel hak ve özgürlüğün hangi nedenlerle sınırlanabileceğini, o özgürlükle ilgili maddede belirtmiş, bunun yanında 11.

<sup>35</sup> Türmen, 198.

<sup>36</sup> AY, md. 12/2: “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

<sup>37</sup> Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 225.

<sup>38</sup> 1924/77’ye göre, “Basın kanun dairesinde serbesttir.” Bu tür sınırlamaya “basit yasa sınırlaması” da denilebilir ki bununla yasa koyucuya gerekçe göstermeden sınırlama yetkisi verilmektedir; Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, 369.

<sup>39</sup> Türmen, 198.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

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” hükmünü getirmişti. Doktrinde bu maddenin bir “genel sınırlama nedeni” mi oluşturduğu, yoksa anılan nedenlerle de olsa bir “hakkın özüne dokunulamıyacağı”nı belirtmek amacıyla mı kaleme alındığı doktrinde çok tartışılmış, her iki görüşü de savunan yazarlar çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi genelde 11/2’nin bir genel sınırlama nedeni olduğunu benimsemekle birlikte, bazı kararlarında belli hakların ancak ilgili maddedeki nedenlerle sınırlanabileceğini kabul etmiştir.<sup>40</sup> 1961 Anayasası döneminde, düşünce özgürlüğü, hak arama özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerde hiç bir özel sınırlama nedeninden söz edilmemişti.<sup>41</sup> 1961 Anayasası, özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda, “kademeli sistemi” kabul etmiş; yani bazı özgürlükler hiç sınırlanmayacak, bazıları Anayasada belirtilen nedenlerle sınırlanabilecek (nitelikli yasa kaydı), bazıları ise kanunla sınırlanabilecektir (basit yasa kaydı).<sup>42</sup>

**1971 Anayasa değişikliği.** 1961 Anayasasının 11. maddesi 1971’de 1488 sayılı yasa ile değiştirilmiş, bazı genel sınırlama nedenleri getirilmiş, bu genel sınırlama nedenleri ile, kendi maddesinde getirilen özel sınırlama nedenleri, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir, denilmiştir. Bazı yazarlar, 11.maddenin genel bir sınırlama nedeni olamayacağını iddia etmişlerdir.<sup>43</sup>

### C. 1982 ANAYASASI DÖNEMİ:

1982 Anayasası beş aşamalı bir sınırlama sistemi kurmuştur; “genel sınırlama hükmü (dokuz sınırlama nedeni; md.13)”, “özel sınırlama nedenleri”, “Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması hükmü”, “özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması”, “Anayasanın özgürlükler konusunda öngördüğü yasaklamalar”dır.<sup>44</sup> 1982 Anayasası, 13. maddesi ile, bu konuları özgürlükler aleyhine düzenlemiştir. 13. maddede birtakım genel sınırlama nedenleri sayılmış, ayrıca ilgili maddede öngörülen özel sınırlama nedenleri getirilmiş ve sonra da özgürlükler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla sınırlanabilir, denilmiş, ancak bu genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacağı ve öngörüldüğü amaç dışında kullanılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu açıkça belirtilmiş ve daha önce

<sup>40</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, 76.

<sup>41</sup> Tartışmalar için bk. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, 62 vd.

<sup>42</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 78.

<sup>43</sup> Tanör, Bülent, “Anayasamızın Yeni 11.Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş Midir”, Onar Armağanı, 873-881.

<sup>44</sup> Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, 1989, DÜHFY, 218.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

yapılan tartışmalara son verilmişti. Şayet bir hak ve özgürlüğe ait olan maddede özel bir neden gösterilmemişse, o hak ve özgürlük sadece genel sınırlama nedeni olan kavramlara dayanılarak sınırlanabilecekti. 13. maddenin gerekçesinde de, MGK gerekçesinde<sup>45</sup> de, genel sınırlama nedenleri yanında, her bir maddede ayrıca ikinci bir kez öngörülen özel nedenlerle de sınırlanabileceği kabul edilmişti. Aslında –yukarıda belirtildiği gibi- bir hakkın tanımında sınırları da yer alır. Örneğin ibadetler dini ayin ve törenler Anayasanın 14. maddesindeki hükümlere uygun olmak koşuluyla serbesttir. Veya toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ancak silahsız ve saldırısız olması halinde mevcuttur.<sup>46</sup> Yani aslında Anayasa, bir hakkı ancak o sınırlar içinde tanımaktadır.<sup>47</sup> Bu konularda yasama meclisinin yapacağı düzenleme kurucu (ihdasi veya inşai) değil, açıklayıcı (izhari) bir düzenlemedir. 1961 ile 1982 Anayasaları arasındaki en önemli farklar; 1982 Anayasasındaki (a) Doğrudan Anayasadan kaynaklanan katmerli sınırlamalar; (b) “Hakkın özü” yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterinin getirilmiş olması; (c) Kanunla getirilen sınırlama nedenlerinin fazla olmasıdır. Aslında 1982 Anayasası ile getirilen “yürütmenin güçlendirilmesi” ile ilgili hükümler sonucunda, otorite-özgürlük dengesi sağlanmış olsaydı, oluşturulan özgürlükler sistemi, hak ve özgürlüklere aykırı olmayabilirdi. Ama böyle yapılmamış, otorite-özgürlük dengesi kurulamamıştır. Kuşkusuz ki bir de yukarıda belirtilen subjektif ve objektif sınırlar vardır.

**Burada temel hakların sınırlanmasıyla ilgili dört ayrı Anayasa metnini bir tablo üzerinde sunmak istiyoruz (TABLO-1);**

1961 AY. Md. 11	1961 AY. Md. 11 (Değişik:20.09.1971-1488)	1982 AY. Md. 13 (ESKİ)	1982 AY. Md. 13 (Değişik:3.10.2001-4709/2 ):
“Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve	“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün,	”Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle	Temel hak ve hürriyetler, <b>özlerine dokunulmak-</b>

<sup>45</sup> 1982 Anayasasının 13. maddesinin ve MGK Anayasa Komisyonunun gerekçeleri için bk. Yavuz Atar, **Karşılaştırmalı-Notlu-Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1961 Anayasası ve TBMM İhtüzüğü**, Mimoza, Konya, 1996, 13-14; Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, 32-33. Bilindiği gibi, madde gerekçeleri Anayasa metnine dahil olmayıp, bağlayıcılığı yoktur.

<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi de, *Anayasanın öngördüğü hak ve özgürlüğün yine Anayasaca sınırlandırılması halinde “hakkın özü”nün ihlalinden söz edilemeyeceğini* belirtir; E. 1969/31, K. 1971/3, 12.01.1971, **AYMKD-9**, 148.

<sup>47</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 79.

Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

<p><b>ruhuna</b> uygun olarak ancak <b>kanunla</b> sınırlanabilir. (f.2) Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin <b>özüne dokunamaz.</b>"</p>	<p>Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. (f.2) Kanun, temel hak ve hürriyetlerin <b>özüne dokunamaz.</b> (f.3) Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiç birisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. (f.4) Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunlarda gösterilir."</p>	<p>bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın <b>sözüne ve ruhuna uygun</b> olarak <b>kanunla</b> sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili <b>genel ve özel sınırlamalar demok-ratik toplum düzeninin gereklerine</b> aykırı olamaz ve <b>öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz</b> Bu maddede yer</p>	<p><b>sızın yalnızca Anayasa-nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla</b> sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, <b>Anayasanın sözü-ne ve ruhuna, demok-ratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine</b> aykırı olamaz." (abç).</p>
--	--	---	--

19 Anayasa Yargısı 2002

		<i>alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”</i>	
--	--	---	--

Yukarıda belirtildiği gibi, 1982 Anayasasının 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasada belirtilen koşullarla sınırlanabileceğini belirterek **sınırlamanın sınırlarını** benimsemiştir. Buna göre *sınırlamanın sınırları* aşağıdaki 2. tabloda maddeler halinde gösterilmiştir.

**1982 AY'NIN 13. MADDESİNİN İLK VE DEĞİŞEN ŞEKLİ ŞÖYLE GÖSTERİLEBİLİR (TABLO-2):**

13. maddenin <b>ESKİ</b> şekline göre THÖ'lerin sınırlandırılmasının koşulları	13.maddenin <b>YENİ</b> şekline göre THÖ'lerin sınırlandırılmasının koşulları	<b>ESKİ ve YENİ</b> şeklin <b>BENZER</b> olanları	<b>YENİ</b> şeklin getirdiği yenilikler	Yeni şeklin <b>kaldırdıkları</b>
<p>1.Sınırlama <b>kanunla</b> olmalıdır.</p> <p>2.Sınırlama Anayasanın <b>sözüne ve ruhuna</b> uygun olmalıdır.</p> <p>3.Sınırlama <b>genel</b> sınırlama nedenlerine ve Anayasanın ilgili maddesinde öngörülen <b>özel</b> nedenlere dayanmalıdır.</p> <p>4.Sınırlama <b>demokratik toplum</b></p>	<p>1.Sınırlama <b>ancak kanunla</b> olmalıdır.</p> <p>2. <b>Sınırlama</b> Anayasanın <b>sözüne ve ruhuna</b> uygun olmalıdır.</p> <p>3.Sınırlama Anayasanın <b>ilgili maddesinde</b> belirtilen nedenlere bağlı olmalıdır.</p> <p>4.Sınırlama THÖ'lerin <b>özüne dokunamaz.</b></p> <p>5. Sınırlama</p>	<p>1. Sınırlama <b>kanunla</b> olmalıdır.</p> <p>2. <b>Sınırlama</b> Anayasanın <b>sözüne ve ruhuna</b> uygun olmalıdır.</p> <p>3. Sınırlama Anayasanın <b>ilgili maddesinde</b> belirtilen özel</p>	<p>1. <b>Öze dokunma</b> yasağı.</p> <p>2. <b>Ölçülülük</b> ölçütü.</p> <p>3.<b>Laik Cumhuriyetin</b> gereklerine uygunluk.</p>	<p>1. <b>Genel sınırlama</b> nedenleri.</p> <p>2. Sınırlama <b>öngörülmediği amaç dışında</b> kullanılamaz.</p>

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

<b>düzeninin gereklerine</b> aykırı olmamalıdır. <b>5.Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında</b> kullanılmamalıdır.	<b>demokratik toplum düzeninin gereklerine</b> aykırı olamaz. <b>6. Sınırlama laik Cumhuriyetin gereklerine</b> aykırı olamaz. <b>7.Sınırlama, ölçülülük ilkesine</b> aykırı olamaz.	nedenlere bağlı olmalıdır. <b>4. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleri</b> ne aykırı olamaz.		
--	--	---	--	--

### 1. ESKİ VE YENİ ŞEKLİN BENZER OLANLARI:

#### a. Sınırlama ancak kanunla yapılabilir.

Demokratik hukuk devletlerinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'den bu yana benimsendiği üzere, temel hak ve özgürlükler ancak halkın temsilcisi olan yasama organı tarafından ve bir kanunla sınırlanabilir.<sup>48</sup> Çünkü yasa, diğer hukuki tasarruflardan farklı olarak, açık görüşme-tartışma ile hazırlanır ve genellik özelliği vardır.<sup>49</sup> Yasa ile sınırlamanın hukuk devleti gereği, ayrıca açık ve kesin olması da gerekir. Ama 1982 AY sında bunun iki istisnası vardır; (a) Olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükler, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri (OHAL-KHK) veya Sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri (SY-KHK) ile sınırlanabilir (m. 119-122, 148/1) ki bu istisna kaldırılmalıdır. (b) Sosyal ve ekonomik hakları sınırlandırıcı düzenlemeler de –içerisinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir hüküm varsa- KHK ile (AY, md. 91) değil ancak yasa ile yapılmalıdır.<sup>50</sup>

Yürütme organı, ancak bir kanuna dayanmak şartıyla, temel hak ve özgürlükler alanında düzenleme yapabilir; düzenleyici işlemlerle yasa

<sup>48</sup> Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta, İstanbul, 1986, 13.

<sup>49</sup> Kanun ile sınırlamanın bireye sağladığı güvenceler için bk. Oktay Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, 90.

<sup>50</sup> Bk. Sağlam, “**KHK Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar**”, 268 vd.



## 19 Anayasa Yargısı 2002

tarafından öngörülmemiş bir sınırlandırma yapamaz;<sup>51</sup> sadece yasanın belirttiği ayrıntıları düzenleyebilir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kanun kavramını geniş anlamda değerlendirerek, yasama organı tarafından yapılmamakla birlikte *genel, soyut, objektif* nitelikteki düzenleyici işlemleri (yasaya eşdeğer pozitif hukuk metinlerini) de kanun kapsamında değerlendirmiştir.<sup>52</sup>

**b. Sınırlama “Anayasanın sözüne (metnine) ve ruhuna (Anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama)<sup>53</sup> uygun” olmak zorundadır.**

Örneğin basın sansür edilemez, tutuklama ancak hakim kararıyla yapılabilir. Yukarıda belirtilen ve münhasıran yasa ile sınırlandırma güvencesi yeterli değildir. Ayrıca sınırlandırmanın Anayasanın sözüne ve özüne de uygun olması gerekir. Kanun koyucunun sınırlandırma yaparken, dokunamayacağı (yasak) bir alan vardır ki buna *ek güvenceler* denilebilir.<sup>54</sup> Örneğin “*Her ne sebeple olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz*” (12/2) hükmü veya “*basın ... sansür edilemez*” (28/1) gibi. Bu yasaklar kanun koyucuyu sınırlar.

**c. Sınırlama, ancak Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen “özel” sınırlama nedenlerine dayanabilir.**

Genel sınırlamalar son değişiklikten önce dokuz adetti. Özel sınırlama nedenleri, sadece ilgili oldukları temel hak ve özgürlük için geçerlidir, diğer özgürlükler buna dayanarak sınırlanmaz.

**d. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz.**

1982 Anayasası “özü dokunmama” kriteri yerine, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesini getirmiştir. 1982 Anayasası, “hakkın özü” kavramına yer vermemiş, bunun yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterini kullanmıştı. Gerekçede, “*Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin,*

---

<sup>51</sup> Anayasa Mahkemesi de sınırlandırmanın *münhasıran* kanunla yapılabileceğini belirtmiş, yasa sözcüğü ile “**biçimsel ve organik anlamda yasa**”yı anlamıştır; E.1985/21, K.1986/23, 6.9.1986, AYMKD-22, 224.

<sup>52</sup> E. 1990/31, K. 1990/24, 24.9.1990, AYMKD-26, 403.

<sup>53</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 80; “Anayasa’nın ruhu” kavramının ne anlama geldiği doktrinde tartışmalıdır; AY’nın ruhu kavramı ile, AYM, yerindelik denetimine kayabilir.

<sup>54</sup> Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 237.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

*uygulanması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme ve bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir.*<sup>55</sup> denilmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstası üç nedenle kabul edilmiştir; *belirginlik, uygulanmasının daha kolay olması ve uluslararası sözleşmelere- bildirilere uygunluk. Oysa tanımı denildiği kadar belirgin değildir ama Ülkemizdeki uygulamalar açısından, “öz” kavramına göre daha kullanışlı olduğu söylenebilir. Aldıkaçtı da, öz kavramının soyut olduğunu ama “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının daha belirgin olduğunu belirtmişti.*<sup>56</sup> Aslında her iki kavram da soyuttur ve bunları, uygulamada, Anayasa Mahkemesi somut hale getirecektir.

**Klasik (liberal) demokrasi anlayışı.** Bu kriterde geçen demokrasi anlayışı, “1982 Anayasasının benimsediği demokrasi anlayışı” (**milli demokrasi, ulusal demokrasi**) mi, yoksa çağdaş ve özgürlükçü demokrasi midir? Bu konudaki birinci görüş, Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü’nün Danışma Meclisi’nde yaptığı bir açıklamaya göre, “bu Anayasadaki demokrasidir.”<sup>57</sup> Başlangıc’ın 5. paragrafında da “...bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ...” denilmektedir. **İkinci görüş** olan çağdaş, özgürlükçü, evrensel demokrasi anlayışını benimseyen yine Feyyaz Gölcüklü’nün “Bizim Batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur” sözleridir.<sup>58</sup> Doktrinin büyük çoğunluğu da bundan çağdaş, batılı, özgürlükçü demokrasileri anlamaktadır. Anayasa Mahkememiz de 1986’da verdiği bir kararında “1982 Anayasasında gösterilen özgürlükçü demokrasi” yorumunu yapmış,<sup>59</sup> ama bu karardan

<sup>55</sup> (abç). Not: 13.madde gerekçesi yukarıda verilmişti.

<sup>56</sup> Orhan Aldıkaçtı’nın müzkereler esnasında açıkladığı düşüncesi için bk. **Anayasa Yargısı**, 1987, 52.

<sup>57</sup> Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü’nün Konuşması, 19.08.1982, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.VIII, Birleşim, 130, s. 149’dan aktaran Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 230..

<sup>58</sup> Nakleden Turhan, 407. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 83. Yüzbaşıoğlu, 1991, 108. Anayasa Mahkemesi, “Demokratik devlet” kavramını 1961 Anayasası döneminde, **Batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı** olduğunu belirtmiştir; E. 1970/48, K. 1972/3, 8.2.1972, **AMKD-10**, 128. 1982 Anayasası döneminde ise

Anayasa Mahkemesi, önceleri “**bu Anayasada gösterilen demokratik toplum düzeni**” anlamı vermiş (E. 1985/21, K. 1986/23, 6.10.1986, **AMKD-22**, 224); daha sonraki tüm kararlarında evrensel anlamda ve **Batı demokrasi** anlayışını benimseyerek ve hakkın özü kriteri ile birlikte yorumlamıştır (E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, **AYMKD-22**, 323-418. Daha sonraki kararlarında ise demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi ile hakkın özü kriterini özdeşleştirerek kullanmıştır; bk. E. 1986/17, K. 1987/11, 22.5.1987, **AYMKD-23**, 222 ve 1988/14, K. 1988/18, 14.6.1988, **AYMKD-24**, 253.

<sup>59</sup> E. 1985/21, K. 1986/23, 6.9.1986, **AYMKD-22**, 224.

yaklaşık 50 gün sonra “klasik demokrasi” anlayışı şeklindeki –isabetli- yorumu benimsemiştir.<sup>60</sup>

**Demokratik toplum düzeninin gerekleri nelerdir?** Bunun için önce “normatif ve ampirik demokrasi nedir” sorusuna yanıt aramak gerekir.<sup>61</sup>

**Teziç**’in belirttiği gibi, AYM, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” somut olarak saptarsa, bu siyasi bir tercih olabilir ve sonuçta yargıçlar hükümeti sistemi oluşabilir.<sup>62</sup> Bu ilke AYM tarafından, eşitlik ve özgürlük anlayışı bağlamında değerlendirilmeli, Anayasanın 2. ve 5. maddesinden hareketle yorum yapılmalıdır. Aksi halde bu ilkenin içeriği tek tek belirtilirse, Yüksek Mahkeme kendi kendisini bağlamış ve belki de yaptığı denetim, “**yerindelik denetimi**”ne dönüşmüş olabilir. AYM demokrasiyi normatif anlamda tanımlarsa, bunun içinden çıkılamayabilir. Bu nedenle *bu kriter, AYM’ni yerindelik denetimine itebilecek bir kriter sayılabilir.* Demokratik toplum düzeninin gerekleri, demokrasinin gerekleri, yani demokrasinin unsurları kavramı ile benzer anlama gelir.<sup>63</sup>

AİHS Kurumlarına göre “gereklilik” kavramı, “vazgeçilmez” kavramından daha güçsüzdür ama “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul”, veya “yerinde” kavramlarından daha güçlü bir anlamı ifade etmektedir.<sup>64</sup> “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstası, AİHS’nin 9/12, 10/2 ve 11/2. maddelerinde ve BM nezdinde hazırlanan Medeni ve Sosyal Haklar

---

<sup>60</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, AYMKD-22, 365; bk. Mehmet Turhan, “**Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**”, Anayasa Yargısı, C. VIII, Ankara, 1991, 401 vd.; Çağlar, “**Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi**”, Anayasa Yargısı, 7, Ankara, 1990, 95 vd. Bu yorum, AİHS’in getirdiği anlayışa da uygundur.

<sup>61</sup> Ampirik demokrasi teorisinin aradığı altı şart, “demokratik toplum düzeninin 6 gereği” olarak anlaşılabilir mi? Bu altı şart “demokrasinin minimum şartları olup” şunlardır; (i) Ülkede etkin siyasal makamlar seçimle işbaşına gelmelidir. (ii) Seçimler düzenli aralıklar ile tekrarlanmalıdır. (iii) Seçimlere en az iki parti katılabilmelidir. (iv) Seçimlerde, genel, eşit, gizli oy açık tasnif ilkeleri uygulanmalıdır. (v) Muhalefetin iktidar olabilme şansı var olmalıdır. (vi) Seçimler döneminde propaganda özgürlüğü tanınmış ve garanti altına alınmış olmalıdır; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 191-192; detay için bk. Fendoğlu, H.T., “**Liberty and the Turkish Constitution of 1982**”, International Conference of Lawyers, (Strasbourg-France, February 5<sup>th</sup> -8<sup>th</sup>, 1999), Organized by International Union of Lawyers; Fendoğlu, H.T., “**Demokrasi, Demokratikleşme Dalgaları ve Çıkış Garantileri**”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 2000, 79-91; Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 173-234; demokrasinin tanımı için bk. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 1983 yılında verdiği 800 sayılı kararı, **Anayasa Yargısı**, C. VIII, Ankara, 1991, 422-424.

<sup>62</sup> Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta, 1986, s. 195; benzer görüş için bk. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 192.

<sup>63</sup> Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 103-105; bk. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, 271-283.

<sup>64</sup> **Zana/Türkiye** davası için bk. [geocities.com/vbicak/mehdizana.htm](http://geocities.com/vbicak/mehdizana.htm) (Strasbourg, 6.3.2001, Application no. 29851/96), ayrıca bk. 25 November 1997, 69/1996/688/880.

## *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

Sözleşmesinde de kullanılmaktadır. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı, AİHS Kurumları tarafından icihat yoluyla belirlenmiştir. Başta **Handyside kararı** olmak üzere birçok kararda, demokratik toplumu belirleyen temel unsurların **çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik** olduğu belirtilmiştir.<sup>65</sup>

### 2. YENİ ŞEKLİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER:

#### a. “Hakkın özü” kriteri:

1961 Anayasası'nın 11/2. maddesinde geçen, “hakkın özü” kavramı *Bonn Anayasası*'nın 19. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır. Fakat Alman Anayasa Mahkemesi bu kavramı pek kullanmamış, Türk Anayasa Mahkemesi ise, bu kavramla ilgili icihatları nedeniyle dünya hukuk literatürüne katkı sağlayabilecek bir aşama sağlamıştır.<sup>66</sup>

“Öze dokunma yasağı”nda iki teori vardır. **Mutlak öz teorisi**, öze dokunma yasağını somut bir olaydan bağımsız olarak yorumlamaktır. Buna göre öz, temel hakkın çekirdeği, esaslı cevheri ve asgari içeriğidir. **Nisbi öz teorisine** göre ise, öz kavramı her somut olay için ayrı ayrı belirlenir ve birey-devlet dengesi dengede tutulur. AYM “mutlak öz teorisi”ni benimsemiştir. AYM'nin “hakkın özü” kavramı 2001 AY değişikliği ile Anayasaya girdiği için bu kavramı daha geniş yorumlaması umulabilir. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını “hakkın özü” kavramı ile tanımlamaktadır.<sup>67</sup> Yüksek Mahkeme bazı kararlarında ise, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını “hakkın özü” kavramı ile birlikte kullanmıştır.<sup>68</sup> AYM'nin bu görüşü, doktrinde genelde benimsenmektedir.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Bk. Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası'nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, 107. AİHS ile 1982 AY arasındaki ilişki için Süheyl Batum, *AİHS ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İÜHFY, İstanbul, 1993; AİHM'nin günümüzde iki sorunu bulunduğu söylenebilir; **Birincisi** dava sayısının giderek artması ve AİHM'nin yenilenmiş mevcut yapısının yetersiz kalmasıdır. **İkincisi** ise, AB'nin hazırladığı **İnsan Hakları Şartı'nın** getirdiği belirsizliklerdir. **Avrupa İnsan Hakları Şartı**, bir bildiri olup, bağlayıcılığı yoktur ama gelecekte bunun, AB sözleşmesi kapsamına alınarak, Luksemburg'daki Avrupa Mahkemesi'nin uygulamakla sorumlu olduğu bağlayıcı bir belge olabilir. Böylece insan hakları alanında iki ayrı mahkeme ve iki ayrı hukuk alanı doğabilir. AB'nin hazırladığı İnsan Hakları Şartı'nda, haklara getirilen sınırlamalar mevcut değildir. Bk. Türmen, 213.

<sup>66</sup> Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 228.

<sup>67</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, AMKD-22, 364; ve E. 1987/16, K.1988/8, 19.4.1986, AYMKD-24, 108.

<sup>68</sup> E. 1988/14, K.1988/18, 14.6.1986, AYMKD-24, 252-4. Bk.E.1986/17,K.1987/11, 22.05.1987; AMKD-23, 222.

<sup>69</sup> Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 194.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

Hakkın özü kavramı, genel olarak tanımlanamaz, her bir hak ve özgürlük için ayrı ayrı tanımlanabilir, ayrı olarak araştırılmalıdır. Hakkın özü, *onun vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.*<sup>70</sup> Öze dokunma, tırnak keserken ete dokunma gibi bir durumdur.<sup>71</sup> Hakkın özü kriteri “kanunla” sınırlamalarda sözkonusudur; sınırlama, doğrudan Anayasadan kaynaklanıyorsa –yukarıda belirtildiği gibi- bu kriter güvence sağlamaz. Bu ölçütün getirilmesi, özgürlükler rejimini koruması açısından, Anayasa Mahkemesine yardımcı olmuştur.

### b. Ölçülülük ilkesi:

Ölçülülük ilkesi, bir başka deyişle orantılı makul ilişki, eşitlik ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasında köprü kuran bir özelliğe sahiptir. Bu ölçütün amacı, özgürlüğün gereğinden çok sınırlandırılmasını önlemektir. Ölçülülük ilkesinin üç unsuru vardır; *oranlılık, elverişlilik ve gereklilik.*<sup>72</sup> Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında epey yer tutan bu ilkeye göre, sınırlamada başvurulan aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olması, bu araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde olmaması gerekir. Bu kriter, 1961 Anayasasında yer almamıştı ama “hukuk devleti” anlayışının doğal bir uzantısı olarak AYM tarafından kullanılmıştır.<sup>73</sup> Bu ölçüt, 1982 Anayasasında da yer almamıştır ama 13/2 ve 15. maddede geçen, olağanüstü hallerde “... *durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ... durdurulabilir*” maddesinde Olağanüstü durumlarda bile ölçülülük kriteri kabul edildiğine göre, normal durumlarda bu kriterin

<sup>70</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 82. Anayasa Mahkemesi de kararlarında, bir hakkın kullanılmasını **açıkça yasaklayıcı** veya **ciddi surette güçleştirici** veya **amacına ulaşmasını engelleyici ve etkisini ortadan kaldıracı** kanuni sınırlamaları o hakkın özüne dokunmuş kabul etmiştir; E. 1962/208, K. 1963/1, 4.1.1963, **AMKD-1**, s.74; ayrıca bk. E. 1963/25, K. 1963/87, 8.4.1963, **AMKD-1**, 228; E. 1975/147, K.1975/201, 9.4.1976, **AYMKD-13**, 621.

<sup>71</sup> Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 228; aynı yazar, *Anayasa Yargısı*, C. VIII, 427.

<sup>72</sup> Bu üç unsuru açıklayan AYM kararı için bk. E. 1988/50, K. 1989/27, 23.6.1989, **AYMKD-25**, 312. **Oranlılık**: araç olan yasa ile hedeflenen amacın ölçülü olmasını; **elverişlilik**: araç olan yasanın hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını; **gereklilik** ise araç olan yasanın sınırlama yapmasının gerekli-zorunlu olmasını ifade eder. Bk. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine**, İmge Kitabevi, İstanbul, 1994, 119-120; aynı yazar, **Kolektif Özgürlükler**, 283-284.

<sup>73</sup> Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 236; “ölçülülük ilkesi” Alman Anayasasında da yer almadığı halde Alman Anayasa Mahkemesi de, bu ölçütü, çok yaygın biçimde uygulamıştır; *ibid*, 237.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

öncelikle uygulanması gerekir.<sup>74</sup> Anayasa Mahkemesi 1982 öncesi kararlarında açıkça olmasa da ölçülülük kriterine dayanmış,<sup>75</sup> ama 1982 Anayasası döneminde bu kıstası çok daha fazla kullanmıştır.<sup>76</sup> Buna rağmen bu ilke 2001 anayasa değişikliğinden önce, pozitif temelden mahrumdu. Bu ilkenin pozitif temelini açıklamak için doktrinde üç görüş ileri sürülmüştü; bu teorilerden **birincisi** ölçülülük kriterinin pozitif temelini 13/2'ye göre; **ikincisi** 15/1'e göre ve **üçüncüsü** Anayasanın 2. maddesine dayanmakta olup, hukuk devleti ilkesinin<sup>77</sup> zorunlu bir sonucu olduğu görüşleriydi. 2001 AY değişikliğiyle birlikte "ölçülülük kriteri"nin Anayasal bir norm haline getirilmesi, tartışmaları sona erdirmiştir. Doktrinde hemen tüm yazarlar bu ilkeyi bir "sınırlamanın sınırı" olarak benimser. Bu kriteri, anayasa hukuku gibi ceza ve idare hukukları da kullanmaktadır.

Ölçülülük ilkesini (amaç-araç dengesi) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kullanmaktadır.<sup>78</sup> AİHM, akit devletin, AİHS'ndeki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmesi için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için daha az sınırlayıcı alternatif bir hak ve özgürlük varsa veya müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHM, AİHS'nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. Buna birinci örnek, **Campbell/İngiltere davası**dır (1993, AİHS, md. 8).<sup>79</sup> AİHM, bu davada idarenin ölçülü davranmadığını, her tür yazışmanın denetime tabi olması kuralının, elde edilmek istenen *amaçla orantılı* olması

<sup>74</sup> Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu da gerekçesinde "amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır", demektedir; 15. maddenin gerekçesi yukarıda verilmişti. Burada, 15. maddenin 13. maddeden ayrı bir kategoriye düzenlediği itirazı vardır.

<sup>75</sup> Örneğin E. 1970/48, K. 1972/3, 9.2.1972, **AYMKD-10**, 128-9.

<sup>76</sup> Ölçülülük kriterini kullanan bazı Anayasa Mahkemesi kararları; E. 1988/50, K. 1989/27, 23.6.1989, **AYMKD-25**, 312; E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987, **AMKD-23**, 85: "araç ile amaç arasındaki mantiki bağ kaybolmaktadır"; E. 1986/17, K.1987/11, 22.5.1987, **AMKD-23**, 222: "Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır". Aynı anlamda bir başka karar: E. 1988/14, K. 1988/18, 14.6.1988, **AMKD-24**, 253; E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991, **AYMKD-27**, 97; bk. E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987, **AMKD-23**, 85.

<sup>77</sup> Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, 118.

<sup>78</sup> AİHM'nin kullandığı ölçülülük kriterine örnekler için bk. Sunay, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası'nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara, 2001, s. 101. AİHK bir kararında AİHS'ni "(i)nsan hakları alanında **Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı**" "(C)onstitutional instrument of European public order in the field of human rights" demiştir; **Human Rights Law Journal** (HRLJ) 1990, 113.

<sup>79</sup> **Campbell/ United Kingdom** davası: Bir mahkum, Avrupa İnsan Hakları Komisyonundan kendisine gelen mektubu, cezaevi idaresi okuyamaz diyerek dava açmıştır. Genelde mahkumların mektupları okunabilir ama AİHM kararına göre, bunun için **makul bir kuşku** olması gerekir ve ayrıca idare bu **hakkını kötüye kullanamaz**.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

gerektiğini belirtmiştir. Bu ölçüt, AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi ile ilgili davalarda fazlaca kullanılmıştır. İkinci örnek **Gerger/Türkiye davasıdır** (1999).<sup>80</sup> AİHS'nin 17. maddesi, bireylere olduğu gibi devlete de hakkını kötüye kullanamayacağını belirtmiştir. Devlet de bireyler de, hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldıracak sınırlamalar getiremezler. AİHK, **Glaserapp kararında (1984)**, AİHS'nin 17. maddesinin *hukukun üstünlüğü ve demokrasi sisteminin korunması amacıyla* Sözleşmeye konulduğunu ancak “açık bir ihtiyaç” olması şartıyla Sözleşmede belirtilen haklara müdahale edilebileceğini belirtmiştir.<sup>81</sup> Hakkın özü ve ölçülülük kriterleri, daha önce de AYM tarafından kullanıldığına göre, özgürlüklerin gelişimi yönünde bu değişikliğin yeni bir durum getirmediği söylenebilir. Buna rağmen temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırlarına ilişkin olarak “hakkın özü” ve “ölçülülük” ölçütlerinin getirilmiş olması, pozitif bir temele kavuşturulması, kuşkusuz ki olumludur.

### c. ”Laik Cumhuriyetin gerekleri” ölçütü:

Bu ölçüt kamuoyunda iki farklı biçimde algılanmıştır. Birinci görüşe göre, bu kriterin özgürlükler lehine güvence oluşturacağı şüphelidir. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü varken, ayrıca Anayasanın Başlangıç, 2, 6, 10, 14, 24, 68, ve 69 maddeleri varken bu değişikliğe gerek olmadığı belirtilmektedir. AY'da ilk kez olarak laiklik, temel hak ve özgürlükleri “**sınırlamanın sınırı**”nda bir ölçü olarak konulmuştur. Bu kavrama dayanarak hakların kısıtlanabileceği kuşkusuz doğabilir mi? “Laik cumhuriyet ölçütü”ne dayanarak kişi hakları lehine davranıldığına dair bir mahkeme

---

<sup>80</sup> **Gerger/Türkiye davası:** Gerger, Deniz Gezmiş ve arkadaşları için düzenlenen bir anma törenine gönderdiği mesaj nedeniyle TMK'un 8. maddesi gereğince bir yıl sekiz ay hapis ve 208 milyon TL cezaya mahkum edilmiştir. AİHM, törene katılan çok az insanın olduğunu, ulusal güvenlik-kamu düzeni- toprak bütünlüğü üzerindeki etkisinin çok sınırlı kaldığını, şiddete-silaha başvuru veya isyana teşvikin bulunmadığını bu nedenlerle verilen cezanın elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığını ve sonuçta AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.; Bu dava için bk.**Gerger/Turkey:** No. 24919/94, 8 July 1999 ([www.echr.coe.int/Eng/Edocs/Subject\\_Matter\\_1999\\_Table\\_eng.htm](http://www.echr.coe.int/Eng/Edocs/Subject_Matter_1999_Table_eng.htm) (1999 tablosu).

<sup>81</sup> Bu madde demokratik olmayan akımlara karşı da bir güvence olarak kabul edilmiştir; Türmen, s. 209.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

kararı bulmak olası değildir.<sup>82</sup> Doktrinde genelde kabul edildiği gibi “çok partili demokratik liberal bir hayatta resmi ideolojiye yer yoktur.”<sup>83</sup>

İkinci görüşe göre, bu ölçütün Anayasadaki yerine bakıldığında “sınırlamanın sınırları” içerisinde yer aldığı, bu nedenle de hak ve özgürlükler aleyhine kullanılmayacağı belirtilebilir. AYM’nin bu maddeyi böyle yorumlayacağı umulabilir.

Laiklik prensibine ilişkin AYM’nin 1961 AY dönemine ilişkin kararları<sup>84</sup> ile 1982 AY dönemindeki kararları<sup>85</sup> incelendiğinde, laikliğin tanımında ictihatlarının istikrarlı olduğu görülmektedir. AYM kararlarında laiklik ilkesinin Batıda uygulanan biçimiyle, ülkemizde uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiş ve bu, dini ve toplumsal nedenlere bağlanmıştır.<sup>86</sup>

Bilindiği gibi Atatürk ilkeleri altı tane olup bunlar, *Cumhuriyetçilik*, *milliyetçilik*, *halkçılık*, *laiklik*, *devletçilik*<sup>87</sup> ve *inkılapçılık*<sup>88</sup>’ur. Atatürk ilkeleri 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 2. maddesine 1937 tarih ve 3115 sayılı kanunla eklenmiştir. 1982 AY nda bunlardan sadece üçü geçmektedir; Cumhuriyetçilik, laiklik ve milliyetçilik ilkeleri. Doktrinin genelde kabul ettiği gibi, laikliğin iki yönü vardır; “Din özgürlüğü” ve “din-devlet işlerinin ayrılığı”.<sup>89</sup> Bir görüşe göre “(ö)zgür düşünce ortamı sağlayan laiklik, ... akla

---

<sup>82</sup>Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişti mi”, Açık Toplum e-Dergi, 07.10.2001. [www.liberal-dt.org.tr/at/merdogan/at-me33.htm](http://www.liberal-dt.org.tr/at/merdogan/at-me33.htm); a.mlf.” **Anayasa Değişikliği Üstüne**”, aynı yer; a.yazar, “Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor”, 10.12.2001, aynı yer; hukuk devleti ve din-devlet ilişkileri için bk. yazar, “Avrupa Birliği Anayasalarında Devletin Temel Nitelikleri”, aynı yer.

<sup>83</sup> Teziç, **Anayasa Hukuku**, 196; doktrinde genelde durum budur; bk. Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, 431.

<sup>84</sup> AYM’nin 1961 AY dönemine ilişkin kararları şunlardır; E. 1963/16, K. 1963/83, 8.4.1963, **AYMKD-1**, 194 vd.; E. 1963/121, K. 1964/74, 17.12.1964, **AYMKD-2**, 282 vd.; E. 1971/1, K. 1971/1, 20.5.1971, **AYMKD-9**, 3 vd.; 1970/53, K. 1971/76, 21.10.1971, **AMKD-10**, 60 vd. ; E. 1978/28, K. 1978/36, 23.5.1978, **AYMKD-16**, 121 vd.; E. 1979/9, K. 1979/44, 27.11.1979, **AMKD-17**, 340; E. 1980/19, K. 1980/48, 3.7.1980, **AYMKD-18**, 265 vd.

<sup>85</sup> AYM’nin 1982 AY dönemine ilişkin kararları şunlardır; E. 1983/2, K. 1983/2, 25.10.1983, **AYMKD-20**, 345 vd.; E. 1986/11, K. 1986/26, 4.11.1986, **AYMKD-22**, 313; E. 1986/12, K. 1987/4, 11.2.1987, **AYMKD-23**; E. 1989/1, K. 1989/12, 7.3.1989, **AYMKD-25**, 146 (turban kararı); E. 1995/17, K. 1995/16, 21.6.1995, **AYMKD-31**, 546; E. 1997/1, K. 1998/1, 16.1.1998, **AYMKD-34**, 1028..

<sup>86</sup> Dinçkol, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik**, 218-219.

<sup>87</sup> AYM devletçilik ilkesini “sosyal devlet” kavramı ile birlikte kullanmıştır; E. 1984/9, K. 1985/4, 18.2.1985, **AYMKD-21**, 59.

<sup>88</sup> AYM inkılapçılığı, “sürekli değişiklik” ve “devrimcilik” olarak nitelemiştir; E. 1973/37, K1975/22, 11-25.02.1975, **AYMKD-13**, 116 vd. ve E.1983/2, K. 1983/2, 25.10.1983, **AYMKD-20**, 362 (Parti kapatma).

<sup>89</sup> Aslında bu konu üçe ayrılarak incelenebilir; 1982 AY nın kabul ettiği laiklik anlayışı, Batıdaki laiklik anlayışı ve AYM’nin benimsediği laiklik anlayışı. Bk. Servet Armağan, “**Dünya Devletleri Anayasalarında Laiklik Prensibinin**



## 19 Anayasa Yargısı 2002

dayalı araştırmacılığı benimser. Cumhuriyetin kurulduğu günden beri bir sosyal olgu boyutu kazandırılmaya çalışılan laiklik, ... din karşıtlığı anlamına da gelmemektedir”.<sup>90</sup>

### 3. YENİ ŞEKLİN KALDIRDIKLARI:

#### a. Genel sınırlama nedenleri:

Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklik ile tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olan ve AİHS’e aykırı bulunan genel sınırlama nedenleri tamamen kaldırılmıştır. Bu değişiklikler genelde olumlu gibi gözükmemektedir.

13. maddenin eski şeklinde 9 sınırlama nedeni vardı ve dördü (*milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, ve genel ahlak*) diğer bazı özgürlüklere yani özel hayatın gizliliğine (md. 20), konut dokunulmazlığına (md.21), haberleşme özgürlüğüne (md. 22), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (md. 31), dernek kurma özgürlüğü (md. 33) ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (md. 34) gibi özel hak maddelerine sınırlama nedenleri olarak eklenmiştir. Ek olarak da bütün bu hak ve özgürlükler için geçerli olmak üzere yeni bazı sınırlama nedenleri getirilmiştir; *suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* gibi. Yine Anayasanın 26. maddesinde düzenlenen *düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünde sayılan* özel sınırlama nedenlerine bu 9 sınırlama nedenlerinin 5 tanesi (milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü) eklenmiştir.

Bu son değişiklikle birlikte, bazı haklar için kimi gereksiz sınırlama nedenleri getirilmiştir. 13. maddeden genel sınırlama nedenlerinin çıkarılmış olmasının olumlu yanı, yeni düzenlemedeki sınırlamaların daha az sayıda olmasıdır. Eski metinde genel sınırlama nedeni olarak sayılan “*Cumhuriyet*” yerine yeni metinde daha da somut olarak, “*Cumhuriyetin nitelikleri*” kavramı kullanılmıştır.

#### b. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaz:

Sınırlamalar, “öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamalı”, “yetki saptırması” yoluna gidilmemelidir. İdare hukukunda yetki saptırması, bir

---

**Düzenlenişi**, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1998, 732-741. Bu çalışmada 180 devlette “hukuken laikliğin” incelendiği ama “fiilen laikliğin” incelenmediği, dünyada sadece 21 devletin laik olduğu belirtilmekte ama bu konularda kaynak verilmemektedir. Laiklik konusunda ayrıca bk. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 137-149; Fendoğlu, “**Din Özgürlüğü Teori ve Uygulaması**”, 109-123.

<sup>90</sup> Dinçkol, 219.

## *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

işlemin maksat unsuru bakımından sakat olması sonucunu doğurur. Örneğin genel ahlakın korunması amacıyla getirilen bir sınırlama, kamu düzeninin korunması amacıyla kullanılamaz.<sup>91</sup> Veya kamu düzeninin sağlanması için getirilen bir sınırlama, idareye gelir sağlanması amacıyla kullanılamaz. Yeni düzenlemede bu ölçüt yer almamıştır ama bu ilke, “ölçülülük” ilkesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Sınırlamanın bir ölçüye bağlı olması, bu sınırlamanın “öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamasını” da gerektirir. AİHS’nin 18. maddesine göre de, sınırlamalar öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaz. Haklar ve özgürlükler, ancak usulüne göre, iyi niyetli ve amacına uygun olarak sınırlanabilir.

### **D. AİHS’DE HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ:**

Anayasanın **13, 14, 15.** maddeleri değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum ve paralellik sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu değişikliklerin AB ile ilişkilerimiz açısından önem taşıdığı açıktır. Türkiye’nin bireysel başvuru hakkını (RG. 19438-21 Nisan 1987)<sup>92</sup> ve Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanıması (RG.-20295, 27 Eylül 1989),<sup>93</sup> Türkiye’ye aday üyelik hakkının tanınması ve ulusal programın kabulü bu çabayı artırmıştır. Anayasa Mahkememiz de anayasaya uygunluk denetiminde AİHS’ni destek ölçü norm olarak uygulamaktadır.<sup>94</sup>

AİHS’nin 8-11. maddelerinin 2. paragraflarında Devletin, bu hakları nasıl sınırlayabileceği konusu belirtilmektedir. AİHS sisteminde önemli olan birinci paragraflardaki kapsamı değil, ikinci paragraftaki sınırlamalardır. AİHM kararlarının temeli ikinci paragraflardır. Yani Devletin bu hak ve özgürlüğe yaptığı müdahalenin AİHS’e uygunluğu sorunudur.<sup>95</sup> Bu amaçla AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere, 50 yıldır oluşturduğu icthatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Bu ölçütler, **(a)** Sınırlamanın bir kanun ile düzenlenmiş olması gerekir, **(b)** Sınırlama meşru bir amaca yönelmiş olmalıdır. **(c)** Sınırlama demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır. Bu üç ölçüt üzerinde kısaca durmak istiyoruz;

#### **1. Sınırlamanın bir kanun ile düzenlenmiş olması gerekir:**

<sup>91</sup> Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 106.

<sup>92</sup> Bununla ilgili belgeler için bk. **İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları**, Ankara, 1997, Anayasa Mahkemesi Yayını, No. 35, 485-488.

<sup>93</sup> İbid., 488-491.

<sup>94</sup> Bu konuda bk. Fendoğlu, H.T., “**Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu**”, Anayasa Yargısı, Ankara, 2000, AYYM, 363-384.

<sup>95</sup> Bu paragrafın yazılmasında Türmen’in makalesinden yararlanılmıştır, ibid., 199.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

AİHS'nin 8-11 maddelerinin 2. paragraflarına göre Devlet sınırlamayı bir kanunla yapmalıdır ki bunun amacı, keyfilik önlenmesidir. Ayrıca kanun için de iki koşul gerekir; **birincisi**, kanun, yurttaşlarca ulaşılabilir, nüfuz edilebilir (accessibility) olmalı, **ikincisi**, yasanın yeterince açık ve anlaşılabilir (percision, foreseable) olmalıdır. AİHM, **Sunday Times/İngiltere** (1979)<sup>96</sup> ve **Silver/İngiltere** (1983) davalarında bu ölçütleri oluşturmuş olup, bunlar bugün iyice yerleşmiştir.

### 2. Sınırlamanın meşru bir amaca yönelmiş olması:

Meşru amacın ne olduğu 8-11 maddelerin 2. paragraflarında sayılmıştır. Bunlar, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni, suç işlenmesini önlemek, ahlak, sağlık, başkalarının şöhret hak ve özgürlüklerinin korunması, ülkenin ekonomik kalkınması, gizli haberlerin açıklanmasının önlenmesi, yargının tarafsızlığının korunması gibi konulardır. Bunlardan toprak bütünlüğü, ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede; Ülkenin ekonomik kalkınması ise sadece 8. maddede bulunmaktadır. İfade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede ayrıca bu hakkın ödev ve sorumluluk getirdiği de belirtilmektedir. Bundan AİHS'nin **ifade özgürlüğünü** kısıtladığı anlaşılabilir ama AİHM'in icthatları ters yönde gelişmiştir. AİHM'e göre, ifade özgürlüğü demokrasinin korunması açısından önem taşır. Bu nedenle de ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların “dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması” gerekir. Bu durum, **The Observer and Guardian/İngiltere** davasında (1991) açıkça belirtilmiştir. İfade özgürlüğünde 3 sınırlama vardır; bunlar, “toprak bütünlüğü”, “gizli belgelerin açıklanmaması” ve “yargının tarafsızlığının korunması”dır.<sup>97</sup> AİHM bu konuda sözleşmecî hükümetin amacına bakmaktadır. Ör. Kamu düzenini korumak için yapılan bir sınırlama, ahlakı korumada haklı olmayabilir.

### 3. Sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olması:

AİHM, bu ölçüte **Olsson/İsveç** davasıyla (1988) açıklık getirmiştir. Gereklilik (necessity) kavramı, toplumun zorunlu bir ihtiyacına cevap vermesi (pressing social need) ve orantılı olması (proportionate to the legitimate aim) demektir.<sup>98</sup> Bunun için bir de önkoşul vardır; **işleyen bir demokrasinin varlığı. Cinsiyet eğitimi davası/Danimarka** (1976) kararında AİHM bunu belirtmiştir. AİHM, **Dudgeon/İngiltere** (1981)

<sup>96</sup> **Sunday Times/United Kingdom** kararı için bk. 26 April 1979, Seri A, No. 30, Doğru, 163-192.

<sup>97</sup> Türmen, 200.

<sup>98</sup> Türmen, 201.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

davasında “hoşgörü ve açık fikirliliğin” demokratik toplumun 2 temel göstergesi olduğunu belirtir. AİHM, **Klass/Federal Almanya** kararında (1978)<sup>99</sup> demokrasi örtüsü altında demokrasiyi tahrip etmenin tehlikelerini anlatır.

AİHM, Devlet müdahalesinin “demokratik bir toplum için gerekli” olup-olmadığını” incelerken bazı faktörleri göz önüne alır; **(i) Takdir Yetkisi Öğretisi:** AİHM, “orantılılığı” araştırırken devlete takdir yetkisi tanımaktadır ama AİHS’nde takdir hakkına yer verilmemiştir. AİHM bu kavramı benimserken Fransız Danıştay’ından etkilenmiştir. Doktrinde bu kavram çok tartışılmış olup, bazıları AİHM bununla kültürel çeşitlilik oluşturur derken bazıları da bunun AİHS’e aykırı olduğunu belirtmiştir.<sup>100</sup> Takdir hakkının AİHS’ndeki dayanağı, 1. maddesidir. AİHM, Devletin takdir yetkisini denetlemektedir. AİHM’nin takdir yetkisi ile ilgili ilk kararı **Lawless/İrlanda** davasıdır (1961)<sup>101</sup>. AİHM, bu davanın sonucunda, Devletin 15. maddedeki olağanüstü durumlar nedeniyle 5 ay gözaltında kaldığını belirterek, Devletin takdir yetkisini kabul etmiştir. Takdir yetkisiyle ilgili ikinci kararı, **İrlanda/Birleşik Krallık** davasında (1978)<sup>102</sup>, takdir yetkisi öğretisini anlatmıştır. 3. kararı **Klass/Federal Almanya** davasında<sup>103</sup> (hükümet, güvenlik gerekçesiyle özel telefon konuşmalarını dinlemiş), takdir yetkisi kavramına, 15. madde dışında da, milli güvenlik nedeniyle başvurulabilir demiştir. AİHM’nin daha açık olan 4. kararı, **Handyside/İngiltere** davasıdır (1976)<sup>104</sup>. Kısaca AİHS’nin 10. maddesinin 2. paragrafı akit devletlerin organlarına (yasama ve yargı organlarına) takdir hakkı tanır. Ama takdir yetkisi sınırsız değildir, denetimi AİHM yapar. *Handyside kararı bir ifade özgürlüğü davasıdır (md. 10)*.<sup>105</sup> AİHM, 10/2. paragrafında geçen “ahlakın korunması”nı haklı bulmuş, ihlalin bulunmadığını belirtmiştir. **(ii) Avrupa Concensusu:** AİHM, bir “Avrupa Concensus”u bulunmadığından, Devletlerin geniş hakları olduğunu kabul etmektedir. AİHM’nin standardı, “**Avrupa Concensusu**”dur. “Avrupa Concensus”unun ne anlama geldiğini AİHM açıklamamıştır.<sup>106</sup> 1979’a kadar

<sup>99</sup> **Klass ve diğerleri/Federal Almanya** kararı için bk. 06.09. 1978; Seri A, No. 28, Doğru, 141-161.

<sup>100</sup> Türmen, 202.

<sup>101</sup> **Lawless/İrlanda** kararı için bk. 01.07. 1961; Seri A, No. 3, Doğru, 1-24.

<sup>102</sup> **İrlanda/ United Kingdom** kararı için bk. 18.01.1978; Seri A, No. 25, Doğru, 75-140.

<sup>103</sup> **Klass ve diğerleri/Federal Almanya** kararı için bk. 06.09. 1978; Seri A, No. 28, Doğru, 141-161.

<sup>104</sup> **Handyside/ United Kingdom** kararı için bk. 07.12.1976; Seri A, No. 24, Doğru, 55-73.

<sup>105</sup> Bu dava çocuklar için yazılan bir kitabın müstehcen bulunduğu için yasaklanması davasıdır. **Handyside/ United Kingdom** kararı için bk. 07.12.1976; Seri A, No. 24, Doğru, 55-73.

<sup>106</sup> Türmen, 204.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

AİHM, Devletlere milli güvenlik sorunları sözkonusu ise geniş bir takdir yetkisi tanımaktaydı. 1979 sonrasında ise AİHM, devletleri daha sınırlı kabul etmiş, genişletici bir tutumu benimsemiştir. **Dudgeon/İngiltere** kararı (1981) ile Handyside kararı mukayese edilirse bu durum anlaşılır.<sup>107</sup> AİHM yeni bir ölçüt geliştirmiştir; dava konusu olan “etkinliklerin niteliği” (nature of the activities involved). AİHM şöyle der, “takdir yetkisinin kapsamını yalnızca sınırlama amacının niteliği etkiler. Bu dava özel yaşamın en mahrem yönünü ilgilendirmektedir. O nedenle kamu makamlarının müdahalesinin 8/2 maddesinin amaçları bakımından yasal olabilmesi için son derece ciddi nedenlerin bulunması gerekir”. Ama AİHM “etkinliklerin niteliği” ölçütü yanında “Avrupa Concensus”u ölçütüne de referansta bulunmuş, Avrupa Konseyi üye ülkelerinin çoğunda eşcinselliğin suç olmaktan çıkarıldığını belirtmiştir. AİHM, **Sunday Times/Birleşik Krallık** kararında (1979)<sup>108</sup> ifade özgürlüğü ve Devletin takdir yetkisi konusundaki ictihadı önem taşır. AİHM kararında, hükümetin belirli (certain) takdir hakkı olmakla birlikte bunu denetleme hakkının bulunduğunu belirtmiş, devletlerin takdir yetkisinin sınırlı olduğuna karar vermiş, ama sözkonusu olan ifade özgürlüğü ise bunun daha dar ve sınırlı olduğunu belirtmiştir. AİHM, Handyside kararında dayandığı “makul (reasonable) ve iyi niyetli davranmak” ölçütüne değinmiş ve bunu AİHM’nin denetleyeceğini söylemiştir. **Sosyalist Parti/Türkiye** kararında (1998, AİHS. 11/2)<sup>109</sup>, AİHM nin denetiminin akit ülkenin yasalarını ve yargı kararlarını kapsadığını; **Sürek/Türkiye** kararında (1999, AİHS. 10. md)<sup>110</sup>, ifade özgürlüğünün cebir ve şiddete teşvik etmemekle sınırlı olduğunu belirtmiştir. **Kısaca takdir yetkisi kavramı, AİHM’nin elindeki etkili ve esnek bir silah olup, karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanır.** Amacı AİHS ile devletin yasaları ve uygulama arasında uyum sağlamaktadır. Ama AİHM’nin ölçütü değişkendir, olayın özelliklerine, Avrupa consensusuna ve zamana göre değişir ki bu durum hukuki değil de siyasi olduğu için eleştirilmektedir.

Burada konumuzla irtibatı oranında olmak üzere, 14. madde üzerinde durmak istiyoruz.

<sup>107</sup> Dudgeon Kuzey İrlanda’da yaşayan bir eşcinseldir. Eşcinsellik kanunen suçtu. Talebi, 8. madde gereğince yürürlükteki yasanın ve tutuklama tehdidinin kaldırılmasıydı. AİHM talebi kabul etmiş, Devlete dar bir takdir yetkisi tanımıştır.

<sup>108</sup> **Sunday Times/ United Kingdom** kararı için bk. 26.04. 1979, Seri A, No. 30, Doğru, 163-192. Sunday Times/İngiltere (1979) davası: 1960-1960 arasında İngiltere’de hamile kadınlara verilen bir ilaç çocukların sakat doğmasına neden olmuş, imalatçı şirket aleyhine dava açılmış, bu arada Sunday Times, makaleler yayımlamış, Mahkeme yayını durdurmuş, karar kesinleşmiş, Sunday Times, AİHM’e başvurmuş, AİHM davayı kabul etmiştir.

<sup>109</sup> Case of Socialist Party and Others (25 May 1998), 20/1997/804/1007 için bk. [www.geocities.com/vbicak/socialist.htm](http://www.geocities.com/vbicak/socialist.htm)

<sup>110</sup> **Sürek/Türkiye** kararı (1999) için bk. [www.geocities.com/vbicak/surek.htm](http://www.geocities.com/vbicak/surek.htm)

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

### E. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KÖTÜYE KULLANILAMAMASI (md. 14):

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması konusunda bir hüküm, 1961 Anayasasında yoktu. 1971 yılındaki değişiklikle 11. maddeye 3. ve 4. fıkralar eklenmiştir. 1982 Anayasası ise temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını ayrı bir madde ile (14. madde) düzenlenmiştir. 1971 Anayasa değişikliğinin 11. ve 1982 Anayasasının 14. maddesi, özgürlüklerin sınırsız olacakları önyargısından kaynaklanmıştır ki bu, aslında doğru değildir. Çünkü –yukarıda belirtildiği gibi- her hak ve özgürlüğün subjektif ve kendi doğasından kaynaklanan “objektif sınırları” vardır.<sup>111</sup> Zaten Anayasa Mahkemesi de 1971 Anayasa değişikliği *öncesinde, hukuk devleti kavramının teröre geçit vermeyeceğini* belirtmişti.<sup>112</sup>

1971 değişikliğiyle gelen 11. madde ve 1982 Anayasasının 14. maddesi ile neyin yasaklandığı konusu, doktrindeki tartışmalı konulardan biriydi. Bazı yazarlar –haklı olarak- maddeyi özgürlüklerden yana yorumluyorlardı; Özbudun’a göre, 14. maddede geçen “bozmak, tehlikeye düşürmek, yok etmek, sağlamak gibi kelimeler eylem ifade eden deyimlerdir. Bu nedenle doktrin genel kabulüne göre, temel hak ve özgürlükler, “eyleme başvurmak suretiyle”, burada yazılan amaçları gerçekleştirmek için kullanılırsa ve arada açık ve yakın bir nedensellik ilişkisi varsa kötüye kullanmış sayılabilir.<sup>113</sup> ABD Yüksek Mahkemesi bu durumlarda “*açık ve yakın tehlike*”<sup>114</sup> ölçütünü benimsemiştir. Genelde kabul gördüğü gibi cebir ve şiddet olmaksızın veya eyleme geçmeksizin bir temel hak ve özgürlüğün kullanılması durumunda, bu durum, hakkın kötüye kullanılması sayılmaz.

**14. madde değişikliğiyle 3 yenilik getirilmiştir; 1)** Eski metindeki “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak” dışındaki diğer haller madde metninden çıkarılmıştır. Bunların yerine, “insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmak” kavramları eklenmiştir. Bununla AİHS’nin 17. maddesine yaklaşılmıştır ki bu durumu olumlu karşılamak gerekir. **2)** Eski metindeki “amaç” kelimesi yerine yeni metinde “faaliyet” kavramı getirilmiştir ki bu olumlu bir değişikliktir. Ama “faaliyet” yerine “eylem” kelimesinin kullanılması daha olumlu olurdu. Çünkü mevcut durumu sorgulayan ve eleştiren ifadeler de hakkın kötüye kullanılabilmesi sayılabilir. Kaldı ki, faaliyet kelimesi belirsizdir. **3)** Eski metne ekleme yapılmış ve Devletin de kişiler gibi temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanabileceği kabul edilmiştir bu da olumlu bir değişikliktir.

<sup>111</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 86.

<sup>112</sup> E. 1963/25, K. 1963/87, 8.4.1963, **AMKD-1**, s. 227; benzeri anlamda: E. 1963/173, K. 1965/40, 26.9.1965, **AMKD-4**, 303.

<sup>113</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 87.

<sup>114</sup> (Clear and near danger); bk. Kuzu, **1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler**, 240.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

Aslında hiçbir hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasına izin vermeyeceğine göre, bu evrensel hukuk ilkesi ile ilgili bir anayasa maddesi olmasaydı da mahkemeler, kararlarında bu durumu zaten uygulayacaklardı. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması konusunda Anayasalara açık hükümler konulması tartışılmakta, “sübjektif” ve “nesnel sınırlar” bu konuda yeterli görülmemekte, ayrı bir sınıra da gerek olmadığı kabul edilebilmektedir. 1971 değişikliği öncesinde Anayasa Mahkememiz de durumu böyle yorumlamıştı.<sup>115</sup>

AİHS'nin 18. maddesine göre, sınırlamalar öngörülen amaç dışında kullanılamaz. Yani Sözleşmecî devlet, hakları, ancak usulüne uygun olarak, iyi niyetli ve amacına uygun olarak sınırlayabilir.

**Dört farklı Anayasa metni bir tablo üzerinde şöyle gösterilebilir (Tablo-3):**

<i>1961 Anayasası</i>	<i>1971 Değişikliği: 11. maddeye 3 ve 4. fıkralar eklendi.</i>	<i>1982/ 14</i>	<i>1982/ 14 - (Değişik: 3.10.2001 - 4709/3.md).</i>
<i>Hüküm yok.</i>	<i>1961/ 11 (3. ve 4. fıkra): “Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiç birisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen</i>	<i>“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar</i>	<i>MADDE 1982/ 14- (Değişik:3.10.2001- 4709/3.md). “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla</i>

<sup>115</sup> Kuzu, 1982 Anayasasının Getirdiği Yenilikler, 241-243.

### Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

	<p><i>Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunlarda gösterilir.”</i></p>	<p><i>üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar. Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir. Anayasanın hiç bir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”</i></p>	<p><i>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.”<sup>116</sup></i></p>
--	---	--	---

#### IV. ÖNERİLEN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ:

Yeni bir anayasa değişikliğinde ele alınması gereken değişiklikler hukuk devleti ve özgürlükler açısından iki grupta toplanabilir; bunlardan birincisi,

<sup>116</sup> 14. madde gerekçesi ve MGK Anayasa Komisyonunun Değişiklik Gerekçesi için bk. Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat** , 34-35.



**“Hukuk Devleti” kavramına aykırı olan Anayasa hükümleri, diğeri ise özgürlükler rejimine aykırı olan Anayasa hükümleridir.** Anayasamızın 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılan “hukuk devleti” ilkesi, ülkemizde evrensel standartlarla uyum içerisinde olan bir hukuk sistemini ve devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu içerir. **Hukuk devleti**, “*insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet*”<sup>117</sup> tir ki bunu yargı organları denetler. Oysa hukuk sistemimizde bulunan aşağıdaki sekiz işlemde ve benzeri işlemlerde *hukuka uygunluk denetimi* yapılamamakta ve bu da *hukuk devleti* fikri ile çelişmektedir;

**(a) “Hukuk Devleti” kavramına aykırı olan Anayasa hükümleri.**  
**(i)** Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler yargı denetimi dışındadır. (105/2 ve 125/2). Cumhurbaşkanının yaptığı işlemleri ikiye ayırmak gerekir; Devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler için yargı denetimi gerekmez; Anayasa Mahkemesine üye seçmek ve Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak gibi. Ama Yürütme organının başı sıfatıyla ve tek başına yaptığı işlemler (Rektör seçmek gibi) ise yargı denetimi dışında bırakılamaz.<sup>118</sup> Günümüzde anayasal yargıyı kabul etmeyen demokratik ülkeler vardır ama yürütmenin yargısal denetimini kabul etmemiş modern devlet yoktur.<sup>119</sup> Yürütmenin yargısal denetimini kabul etmek, hukuk devletinin koşullarındandır. **(ii)** YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasını, hukuk devleti ilkesi açısından haklı bulmak mümkün değildir (125/2).<sup>120</sup> **(iii)** Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları (159/4), yargı denetimine tabi olmalıdır. **(iv)** Uyarma ve kınama ile ilgili disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması (129/3) hukuk devleti kavramına aykırıdır. Doktrinde YAŞ, HSYK ve uyarma cezaları hukuk devleti kavramına aykırı olduğu konusunda consensus vardır. **(v)** Anayasa’nın geçici 15. maddesinin kaldırılmasına rağmen Anayasa Mahkemesine iptal davası veya diğer davalar için **zamanaşımı** süresinin dolmuş olması nedeniyle bu hakkın kullanımı çok zordur. **(vi)** Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK’lerin (148/1) Anayasaya aykırılığı iddiasıyla

<sup>117</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1976/1, K. 1976/28, 25.5.1976, AMKD-14, 189; benzer anlamlar için bk. E. 1986/3, K.1986/15, AMKD-22, 120.

<sup>118</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 92, Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 350. Bilindiği gibi özellikle Anglo-sakson ülkelerinde idari yargıya da “adliye” bakmaktadır ve ayrıca idari yargı kurulmamıştır. Bizde İdare Mahkemelerinin tek hakimle verdiği kararlara karşı sadece Bölge İdare Mahkemelerine itiraz edilebilir.

<sup>119</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 90. Bk. Tülen, Hikmet, “**Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği Tartışmaları**”, AÜEHFD, C. IV, Sayı, 1-2, 205.

<sup>120</sup> Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 92. Yargı “idarenin takdir hakkını” ve “yerindeliğini” (opportunité) zaten denetlemez; sadece “hukuka uygunluk” (legalite) denetimi yapar; ibid. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 155.

## Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması

Anayasa Mahkemesine dava açılabilmesi kabul edilmeli, yargı denetimine alınmalıdır.<sup>121</sup> **(vii)** Keza bütün bu durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir.<sup>122</sup> **(viii)** Sıkıyönetim komutanının işlemleri (1402/ Ek 3. md) yargı denetimine tabi olmalıdır.

### **(b) Özgürlükler rejimine aykırı Anayasa hükümleri.**

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlükler açısından yapılması gereken değişiklikler için şunlar önerilebilir; **(i) 17/4:** 1984'den beri uygulanmayan ölüm cezası kaldırılabilir (Savaş ve yakın savaş tehlikesi hariç). Zaten TCK tasarısında da **ağırlaştırılmış müebbed hapis cezası** öngörülmüştür. **Afsız müebbed hapis cezası** da getirilebilir. AİHS'nin 6. nolu ek-protokü imzalanmalıdır. **(ii)** İnanç, düşünce, bilim-sanat özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlükler mahiyetleri gereği hiç sınırlandırılmamalıdır. **(iii) 26/2:** Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünde sınır sadece kişilerin onuru, özel hayatın gizliliği, kanunca öngörülen meslek sırlarını korumak ve suç işlenmesini önlemek için sınırlanabilmelidir. **(vi) 53 ve 54:** Memurlara belirli sınırlar dahilinde, anayasal bir hak olarak, toplu sözleşme ve grev hakkı tanınmalıdır.<sup>123</sup> **(vii)** Ombudsman kurumu,<sup>124</sup> kamu denetçiliği adıyla Anayasa'da düzenlenmelidir.

## V. SONUÇ:

2001 Anayasa değişiklikleri genelde olumlu olmakla birlikte ihtiyatlı bir iyimserlikle karşılanabilir. Değişmelerin amacı demokratikleşmeyi, özgürlüğü ve yeniden yapılanmayı gerçekleştirmek, siyasal katılım kanallarını genişletmek olduğu halde yapılan değişimlerin bu amaçları yeterince karşıladığı söylenemez. Bu nedenlerle yukarıda önerilen yeni anayasa değişikliklerine ihtiyaç bulunmaktadır Ayrıca Siyasal Partiler Yasası, Sendikalar Yasası ve Seçim Yasası gibi yasalarda (Anayasaya uyum yasalarında) gereken değişikliklerin yeterince gerçekleştirildiği söylenemez. Bu nedenlerle, kanımızca, Türkiye'nin Anayasa sorunu devam etmektedir.

<sup>121</sup> Teziç, Erdoğan, "1982 Anayasasında Demokrasi ve İnsan Hakları Alanında Yapılması İstenebilecek İyileştirmeler", **Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları**, Ankara, 1999, 191.

<sup>122</sup> Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1997, 136; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 89. Keza bütün bu durumlarda idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 93.

<sup>123</sup> Gören, Zafer, "Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Anayasal Reform", **Türkiye'de Anayasa Reformu-İlkeler ve Sonuçlar Kongresi**, (Ankara, 29-30 Haziran 2000), 15.

<sup>124</sup> Ombudsman kurumu Osmanlı orijinli bir kurum olup, İsveç Kralı Demirbaş Şarl tarafından Avrupa'ya götürülmüştü; bk. Fendoğlu, H.T., **Türk Anayasa Hukuku Tarihinde Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul, 1996, s. 369; ayrıca bk. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHFY, Diyarbakır, 1989, 167-168,

13. maddeye ilişkin değişiklikler olumlu olmakla birlikte, bu maddenin genel bir sınırlama değil de, genel bir koruma maddesi haline getirilmesi çabaları yetersiz kalmıştır. Kısaca yapılan değişiklikler, “özgürlüklerin asıl, kısıtlamanın istisna olduğu” şeklindeki anlayışa da yeterince uygun değildir.

## BİBLİYOGRAFYA

### A. GELENEKSEL KAYNAKLAR:

#### **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi:**

Sy. 1: Ankara-1992, 2.B., Sy. 2: Ankara-1991, Sy. 4: Ankara-1992, 2. B., Sy. 9: Ankara-1991, 2. B, Sy. 10, Ankara-1992, Sy. 14: Ankara-1991, 2. B; Sy. 16, Ankara-1991, Sy. 18, Ankara-1992, Sy. 20, Ankara-1985, Sy. 22, Ankara-1987, Sy. 23, Ankara-1989, Sy. 24, Ankara-1989, Sy. 25, Ankara-1991, Sy. 26, Ankara-1992, Sy. 27, Ankara-1993, Sy. 29, Ankara-1994.

**Anayasa Yargısı** : C. VII, Ankara-1990, C. VIII, Ankara-1991, C. X, Ankara-1993, C. Ankara-2000.

Atar, Yavuz :**Karşılaştırmalı-Notlu-Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1961 Anayasası ve TBMM İttüzüğü**, Konya, 1996, Mimoza,.

Atar, Yavuz :**Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2000, Mimoza.

Atar, Yavuz :**Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Doçentlik Tezi, Mimoza, Konya, 2000.

Batum, Süheyl :**AIHS ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul 1993, İÜHFY.

Bıçak, Vahit :**Improperly Obtained Evidence A Comparison of Turkish and English Laws**, Ankara, 1996.

Çağlar, Bakır :**“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”**, Anayasa Yargısı, 7, Ankara, 1990.

Çağlar, Bakır : **“Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”**, Anayasa Yargısı, C. VIII, Ankara, 1991.

Çağlar, Bakır :**“Hukuk’la Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi”**, Anayasa Yargısı, 31. Yıl, Ankara, 1993.

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

Doğru, Osman :**İnsan Hakları Avrupa İctihatları**, Beta Yayını, İstanbul, 1996.

Eroğul, Cem :**Anatüzeğe Giriş**, İmaj Yayınları, Ankara, 1996.

Erdoğan, Mustafa : **Anayasal Demokrasi**, 3. B., Ankara, 1999.

Erdoğan, Mustafa :**“Anayasa Değişt mi”**, Açık Toplum e-Dergi, 07.10.2001.

Erdoğan, Mustafa :**“Anayasa Değişikliği Üstüne”**, <http://www.liberal-dt.org.tr/at-me32.htm>

### *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

Erdoğan, Mustafa :”**Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor**”, 10.12.2001, Açık Toplum e-Dergi, 07.10.2001.www.liberal-dt.org.tr/at/merdogan/at-me

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Uluslararası Belgelerde Terörizm**”, Fırat Üniversitesi Rektörlüğü, 27-29 Mart 2000, “Uluslararası Doğu ve Güneydoğu’da Huzur ve Güvenlik Sempozyumu (Terör, Etkileri ve Çözüm Önerileri)”. Fırat Üniversitesi Rektörlüğü Yayını, Elazığ, 2000, ss. 757-769.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu**”;Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü, “Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin Uluslar arası Normların İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı Sempozyumu, 26 Nisan 2000, Anayasa Yargısı-2000, Ankara, 2000, Anayasa Mahkemesi Yayını, ss. 363-384.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Liberty and The Turkish Constitution of 1982**”, “International Conference of Lawyers”, **Strasbourg-France**, 5th- 8th of February, 1999. Bu bildiri, daha sonra küçük değişikle yayımlanmıştır; “**Liberty and Turkish Constitutions**”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Ekim, 1999, ss. 177-184.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Demokrasi, Demokratikleşme Dalgaları ve Çıkış Garantileri**”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 79-91.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Özgürlükçü Anayasa Üzerine**”, Türkiye Barolar Birliği, Prof. Dr.Faruk Erem’e Armağan, Ankara, 245-275.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Cumhuriyetin 75. Yılında Yargı, Adalet ve Yönetim**”, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı, Eylül-Aralık 1998, Yıl 4, Sayı, 23-24, 3897-3901.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler**”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 5, 1991, 107-117.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Devlet, Diplomasi ve İnsanın Özgürlük Mücadelesi**”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Din Özgürlüğü Teori ve Uygulaması**”, Türkiye Günlüğü Dergisi, Sayı, 21, Kış-1992, ss. 109-123.

Fendoğlu, H. Tahsin :”**Hukuk Bilimine Giriş**”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.

Giovanni Sartori : **The Theory of Democracy Revisited**, New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1987.

Gemalmaz, M. Semih :”**Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-1-Kabul Edilebilirlik Kararları**”, Beta, İstanbul, 1997.

Gören, Zafer :”**Anayasa Hukukuna Giriş**”, İzmir, 1999, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

## 19 Anayasa Yargısı 2002

Gören, Zafer :”Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Anayasal Reform”, **Türkiye’de Anayasa Reformu-İlkeler ve Sonuçlar Kongresi**, Ankara, 29-30 Haziran 2000.

Gözler, Kemal :**Türk Anayasa Hukuku**, Bursa 2000, Ekin Kitabevi

Gözler, Kemal :**Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası için Bir Savunma**, Bursa, 2001, Ekin Kitabevi.

Gözler, Kemal :”**Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Görürdükleri**”, Ankara Barosu Dergisi, Sy. 2001/4, yıl 59, 53-67.

Gözler, Kemal :**Kurucu İktidar**, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998

Hafizoğulları, Zeki :”**Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler**”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. III, Sy.1, Ocak-1995.

Hazır, Hayati :**Demokrasilerde İstikrarsızlığın Sebebi Olarak Siyasal Şiddet ve Terörizm**, Basılmamış Doçentlik Tezi, Konya, 1992.

**Human Rights Law Journal (HRLJ).**

**İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları**, Ankara, 1997, Anayasa Mahkemesi Yayını, No. 35.

Kaboğlu, İbrahim Ö., :”**Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları**”, Anayasa Yargısı, 31. Yıl, Ank. 1993, C. X.

Kaboğlu, İbrahim Ö.:**Anayasa Yargısı, Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine**, İmge Kitabevi, İstanbul, 1994.

Kaboğlu, İbrahim Ö., : **Kolektif Özgürlükler**, DÜHFY, Diyarbakır, 1989.

Kuzu, Burhan :**Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.

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

Öktem, Niyazi :”**Anayasa Yargısı ve Hukuk Felsefesi**”, Anayasa Yargısı, C. VIII, 29. Yıl, Ankara, 1991.

Öndül Hüsnü :”**Türkiye’de İnsan Hakları ve Demokratik Standartlar Sorunu**”, Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları, Ankara, 1999.

Özbudun, Ergun :**Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

Ritchie, A. D., :**British Philosophers**, Longman Publisher, 1950.

Russell, Bertrand :**The History of Western Philosophy** (and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day), Third Edition, London, 1948.

## *Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması*

- Sağlam, Fazıl :**Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, 1982, AÜSBFY.
- Selçuk, Sami :**”1999-2000 Adli Yıl Konuşması”**, yargitay. gov. tr /bilgi/adli/ 99-20. html.
- Soysal, Mümtaz:**Anayasanın Anlamı**, 7. Baskı, İstanbul, 1987.
- Sunay, Reyhan :**Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara, 2001
- Turhan, Mehmet :**“Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”**, Anayasa Yargısı, C. VIII, Ankara, 1991.
- Tülen, Hikmet :**“Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği Tartışmaları”**, AÜEHFD, C. IV, Sayı, 1-2, 200-204.
- Türmen, Rıza :
- Tanör, Bülent :**“Anayasamızın Yeni 11.Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş Midir”**, Onar Armağanı.
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi:  
**1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKB Yayını, İstanbul, 2001.
- Teziç, Erdoğan :**Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1986, Beta Yayını.
- Teziç, Erdoğan :**“1982 Anayasasında Demokrasi ve İnsan Hakları Alanında Yapılması İsbetli Olacak İyileştirmeler”**, **Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları**, Ankara, 1999.
- Tunç, Hasan :**Anayasa Hukukuna Giriş**, 2.B., Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.
- Tunç, Hasan :**Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı**, Ankara, 1997.
- Türmen, Rıza :**“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”**, Yargıtay Dergisi, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sy. 1-2, 192-213.
- Uygun, Oktay :**1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.

### **A. ELEKTRONİK KAYNAKLAR:**

- [www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/ABulusal.htm](http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/ABulusal.htm)
- [www.geocities.com/vbicak/incal.htm](http://www.geocities.com/vbicak/incal.htm)
- [www.geocities.com/vbicak/socialist.htm](http://www.geocities.com/vbicak/socialist.htm)
- [www.hudoc.echr.coe.int/hudoc\\_1doc2/HEJUD/199901/incal.batj.doc](http://www.hudoc.echr.coe.int/hudoc_1doc2/HEJUD/199901/incal.batj.doc)
- [www.echr.coe.int/Eng/Edocs/Subject\\_Matter\\_1999\\_Table\\_eng.htm](http://www.echr.coe.int/Eng/Edocs/Subject_Matter_1999_Table_eng.htm)
- [www.liberal-dt.org.tr/at/merdogan/at-me33.htm](http://www.liberal-dt.org.tr/at/merdogan/at-me33.htm)
- [www.tbmm.gov.tr/anayasa/Anayasa2001.htm](http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/Anayasa2001.htm)
- [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

**H. Tahsin Fendoğlu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi (1978). Bir süre serbest avukatlık yaptı. Yüksek Lisans derslerini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdikten sonra master tezini Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamladı. **Temel hak ve özgürlüklerin tarihselliğine ilişkin** olarak yazdığı doktora tezini 1992 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlayarak "Kamu Hukuku Doktoru" (Ph. D.) oldu. 3 Ekim 1995 tarihinde **yargı bağımsızlığının kökenlerine ilişkin** olarak bitirdiği doçentlik tezi ve diğer çalışmaları dikkate alınarak, Doçentlik Jüri Üyelerinin oybirliğiyle Üniversite Doçenti ünvanını kazandı. Yabancı dil sınavını iki dilden başardı. Dekan yardımcılığı ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanlığı görevlerinde bulundu. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans ve yüksek lisans düzeyinde Avrupa Birliği Hukuku, Türk Anayasa Hukuku Tarihi, Türk Kamu Hukuku Tarihi, Hukuk Bilimine Giriş, Türk Hukuk Tarihi, Sosyoloji Bölümünde Siyaset Sosyolojisi ve Kurumlar Sosyolojisi, Polis Okulu'nda bir süre Anayasa derslerini okuttu. Yazarın, Devlet-Diplomasi ve İnsanın Özgürlük Mücadelesi (Filiz Kitabevi, İstanbul-1999), Türk Anayasa Hukuku'nda Yargı Bağımsızlığı (Ankara-1997), Türk Anayasa Hukuku Tarihi'nde Yargı Bağımsızlığı (İstanbul-1996), Türk Kamu Hukuku Tarihinde Kölelik (İstanbul-1996), Hukuk Bilimine Giriş (Filiz, İstanbul-1997), Hukuk Tarihimizde Temel Haklar ve Türk Hukuk Tarihi (Filiz, İstanbul-2000) gibi eserleri; yurt içinde ve yurt dışındaki bilimsel toplantılarda sunduğu bildirileri ve bilimsel makaleleri bulunmaktadır.