

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TEMEL HAKLARIN DÜZENLENMESİ ve SINIRLANMASI (Şematik bir açıklama)

Servet ARMAĞAN*

GİRİŞ**

1- Temel hakların düzenlenmesi, kullanılması, sınırlandırılması ve 1982 A.'nda yer alan tabir ile “**durdurulması**” veya FAA.ndaki (md. 18) tabir ile “**kaybı**” Anayasa Hukuku sahasında her zaman üzerinde düşünülen ve konuşulan bir konudur.

1982 A. md. 15 ve FAA md. 18 de bahsedilen bazı temel hak ve hürriyetlerin durdurulması ve “**kaybı**” son zamanlarda çok konuşulmakta, hakkında geniş tahliller yapılmaktadır.

Çünkü bu konular, her insanı her zaman çok yakından ilgilendirir. Hatta fertler kadar, idare edenleri de birinci derecede ilgilendiren konular arasında yer almaktadır. Düzenleme, sınırlama veya kaybetme ve durdurmaları, idare edenler düşünmekte, yapmakta ve yürürlüğe koymaktadırlar. Ancak bunların yer ve zamanını da çok iyi ayarlamak mecburiyetindedirler.

2 - Günümüzde fertlere geniş hak ve hürriyetler tanınmaktadır, ama diğer taraftan da kanunlarla ve hatta yürütme işlemleri ile, bunlar kısılmaktadır. Asrımız hürriyet ve temel hakların tanınması ve geniş bir uygulamaya mazhar

* Prof. Dr., Anayasa Hukuku Profesörü.

** Kısaltmalar: **A**: Anayasa; **bkz**: bakınız; **FAA**: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası; **FAMK**: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu; **K**: Kanun

olma asrıdır. Avrupa'da ve genel olarak dünyada kabul edilen milletlerarası antlaşmalarla, fertler birçok hak ve hürriyete, bilhassa eşitlik ve sosyal haklar sahasında, kavuşturulmuştur.

3 - Bu araştırma ve makalenin sahası ve sınırı: 1982 Anayasasında bu konuların şematik açıklanmasıdır. Yoksa teorik ve mukayeseli bir araştırma ve açıklama değildir. Bu konular, bir taraftan felsefe, bir taraftan da Siyaset Bilimi, Anayasa Hukuku, Genel Kamu Hukuku ve İlahiyat sahalalarında ele alınmaktadır.

4 - Araştırmamızda, 1982 anayasamızdaki düzenlemelere göre bu dört kavram açıklanacak ve arasında bağlantılar kurulacak ve bilhassa ilk iki kavram, yani "**düzenleme**" ve "**sınırlama**" kavramları ele alınacaktır. Daha sonra bu kavramların uygulamaları karşısında fertlerin hangi imkanları olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bilhassa temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi ve düzenlenirken sınırlanması halinde, ilgili kişinin bunlara karşı hukuki mücadelesini ve nasıl vereceği gösterilecektir. Bu konu, en az temel hak ve hürriyetler ve düzenlemeleri konusu kadar ehemmiyetlidir.

Çünkü temel hak ve hürriyetlerin milli ve milletlerarası metinlerde tanınması, tek başına bir fiili müessiriyet husule getirmez, bunun yanında veya arkasında, bu temel hak ve hürriyetlerin nasıl ve hangi hallerde korunacağı, devlet ve hususi şahıslar tarafından ihlallerine karşı, ne gibi hukuki imkanlara sahip oldukları da belirtilmelidir. Aslında bu metinlerde, bu imkanlar da düzenlenir, düzenlenmesi gerekir. Bu suretle de fertler ve hatta idareciler, temel hak ve hürriyetlerin korunma yolları hakkında bilgi sahibi olmuş olurlar. Böylece hukuk devletinin gerekleri ile hak arama hürriyetinin düzenlenmesi, beraber sağlanmış olur.

Vatandaşın, hak arama yoluna başvurması, milli sahada olabileceği gibi, milletlerarası sahada da olabilir. Ama bu araştırmanın sahası, birinci saha, yani milli hukuk çerçevesinde hak ve hürriyet ihlallerine karşı hukuki imkanlara başvurmadır.

I - DÜZENLEME

A) Genel Olarak :

Düzenleme genel olarak, bir konunun esaslarını bir hukuki metin halinde ortaya koymak manasına geliyor. Temel hak ve hürriyetler sahasında ise, bazı hukuki metinlerde bir temel hak ve hürriyetin varlığını ve esaslarını belirtmektedir. Tabii, esasları belirtirken, o temel hak ve hürriyetin sınırları da belirtilir ve belirtilmektedir.

Düzenleme şart mıdır? Şart değildir. Yani bir temel hakka sahip olma ve

onu kullanmak için düzenlenmesi, olmazsa olmaz derecesinde şart değildir. Yani bir ülkedeki insanlar, yani idare edilenler, huzur ve sükun içinde hak ve hürriyetlerinden istifade etseler, kimse sınırını aşmazsa ve kamu gücü de herhangi bir müdahalede bulunmazsa, düzenlemeye ihtiyaç kalmaz. Tarihin bazı devirlerinde bu medeni ve asude hayat dönemleri görülmüştür.

Ancak tatbikat böyle gelişmiyor. Bir taraftan kişiler hak ve hürriyetlerini kötüye kullanıyorlar, diğer taraftan da, devlet gücünü kullananlar ve hatta kişiler, diğer kişilerin hak ve hürriyetlerini kullanmalarına, onlardan istifade etmelerine engel olma yoluna gidiyorlar, en azından onları kısıtlama yoluna gitmektedirler. Bu durumda, düzenleme yapmanın hikmeti (ratio legis) nedir? Niçin yapılmaktadır ?

a) Aslında düzenleme yapmak bir kolaylıktır. Bir taraftan kişiler, diğer taraftan da idare edenler için bir kolaylıktır. Çünkü hangi sahalarda ne gibi temel hak ve hürriyetlerin var olduğu, esasları ve sınırlarının neler olduğunu bu düzenleme sayesinde bileceklerdir.

b) Diğer taraftan, düzenleme temel hak ve hürriyetlerin sınırlarını da doğrudan veya dolaylı olarak belirteceği için, ilgililere o sınırlar içinde kalmaları direktifini vermiş olacaktır. Böylece, hak ve hürriyetlerin sükeleri olan kişilere hangi hak ve hürriyeti hangi sınırlar içinde sahip olduğunu gösterecek; idare edenlere ise, getireceği yasama ve yürütme işlemleri ile bu sınırlara riayet direktifini vermiş olacaktır.

c) Söylemeye gerek yok ki, düzenleme yapılırken dikkatli olunmalıdır.

Dikkatli olma şu demektir:

aa) Önce düzenleme hükümlerinin dilinin çok iyi¹ kullanılmış olması,

bb) Sonra da düzenleme yapayım derken, bir hak ve hürriyetin sınırlama yoluna gidilmemeli, hele hele onun özüne dokunulmamalıdır. Bu noktaya biraz aşağıda yine temas edeceğiz.

d) Düzenlemenin bir manası da bir hak ve hürriyeti tanımaktır. Yani düzenleme yok iken, bir hak ve hürriyetin kişilere tanındığı kaide olarak söylene-
mez. Ancak klasik hak ve hürriyetler müstesna. Mesela mülkiyet hakkı, din ve vicdan hürriyeti gibi. Ama grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı v.b. haklar, ancak bir düzenleme var ise kişiler bu düzenlemeye dayanarak o hak ve hürriyeti kullanma yoluna gidebileceklerdir.

Bu durum bilhassa anayasalar ile bir hak ve hürriyetin düzenlenmesinde görülür, ama kanunlarla düzenlenmesinde de söz konusu olur.

1 İtiraf edelim ki, 1982 A.nın dili, uygun bir Türkçe değildir, hatta çok bozuktur. Yer yer gramer kaidelerine aykırılıklar, anlaşılabilir cümleler ve bağlantılar, Anayasanın öğrenilmesi, öğretilmesi ve uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

e) Sözü'n burasında temel hak hürriyetleri genel karakterlerine ve 1982 A.nda düzenlenmesine kısaca işaret edelim. A. md.12 hükmü bu genel özelliği düzenliyor.

1. Temel hak ve hürriyetin niteliği

Madde 12- "**Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.**

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

B) Düzenleme Araçları:

Acaba düzenleme hangi vasıtalar ile yapılabilir? Bu sorunun cevabını şu sıralar halinde verebiliriz.

1 - Anayasa:

Düzenleme aracı konusunda ilk hatıra gelen anayasalardır. Gerçekten dünya devletlerinde anayasalı hayata geçildiğinden bu yana bir temel hakkın anayasada yer alması, o hakkın varlığı ile eş anlamlı kabul edilmiştir. Bu durum "**temel hakkın tanınması**" olarak adlandırılmış bulunmaktadır. Bu prensibin bir neticesi de şudur: Bir hak ve hürriyet anayasada düzenlenmemişse, o hak ve hürriyet yok ve kabul edilmemiş demektir, bu manaya gelir.

2 - Kanun:

Tabii, bir temel hak ve hürriyetin anayasaca düzenlenmesi şart değildir. Bir kanun ile de düzenlenebilir. Mesela memleketimizde kadınlara seçme ve seçilme hakkı 1924 t. A.'nın 1934 yılındaki değişikliğiyle tanınmıştır denilmekte ise de, aslında burada tanınan **siyasi seçme ve seçilme** hakkıdır. Yoksa kadınlara mahalli seçimlerde seçilme hakkı 1930 tarihli Belediyeler Kanununun değişikliği ile tanınmıştır. Ve bu tanıma bir A. ile değil, bir Kanun ile yapılmıştır. Aynı durum diğer hak ve hürriyetler için de söylenebilir.

Memleketimizde temel hak ve hürriyetler sahasında ve, bu arada diğer hakların düzenlenmesi sahasında, Borçlar K., Medeni K., TTK ve diğer kanunlar da misal olarak gösterilebilir.

3 - İdari İşlemler:

Temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hukuki araçlar bu ikisinden ibaret değildir. Bazen, bunlar dışında kalan vasıtalar ile de yapılabilir. Bu vasıtalar (araçlar) bilhassa idari işlemler halinde hatıra gelebilir. Yani normal olan temel hak ve hürriyetlerin "**kanun**" adlı yasama işlemi ile yapılmasıdır, ama bazen

idari işlemlerle de yapılabilir ve yapılmaktadır. Önemli olan kanuna aykırı bir düzenleme yapılmamasıdır.

a - Tüzükler:

Aslında tüzükler, "**bir kanunun uygulama alanını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere**" (A. md. 115) yapılırlar. Yani kaide olarak yeni bir hüküm tesis etmezler, edemezler, ama bazen kanunda olmayan bir hak ve hürriyet tesis ettikleri de görülür..

Ancak bu takdirde "o kanuna aykırı olmamak" (A. md. 115) şarttır. Ancak o kanuna aykırı olmadan da, yeni bir hak ve hürriyet tesis edebilir. Bu durum, ya o konuda kanunun emredici ve yasaklayıcı hüküm koymamış olması, ya da koymuş olsa bile, tüzükteki "yeni" hükmün bunlara aykırı olmaması halinde söz konusu olur. Böyle bir düzenleme kabul edilebilir, yani anayasaya aykırı olmaz.

b - Yönetmelikler ve Diğer İdari İşlemler :

Düzenleme, tüzük dışındaki diğer idari işlemler ile de yapılabilir. Kaide ve esas araç bu hukuki işlemler ile yapılmak değildir, ancak böyle bir ihtimal vardır.

Bilhassa "**yönetmelik**" adı verilen işlemler yoluyla bir temel hak ve hürriyetin düzenlenmesi, hatta ilk defa düzenlenmesi, yani tanınması hatıra gelen bir ihtimaldir. Normal olan yol ve araç anayasa ve kanun'dur. Tüzük ve yönetmelik, esasen kanunun uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek için yapılırlar. Ancak "**idare**" bazen isteyerek veya istemeyerek, bu esas kaide-den ayrılmakta ve bir temel hakkı **tanımak** ve **düzenlemek** ve hatta **sınırlamak** yoluna gitmektedir.

A. md. 124 bu konuyu düzenliyor :

"Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede uygulanacağı kanunla belirtilir."

Yukarıda tüzüklerin yeni ve fakat kanuna aykırı olmayan düzenlemesi hakkında söylediklerimiz burada da caridir.

4 - Diğer Yollar :

Uluslararası antlaşmalar "diğer yollar"dan biridir. Bu antlaşmalar "**...usulüne göre yürürlüğe konulmuş...**" ise "**...kanun**" hükmündedir. (A.md 90/son)²

² Bu konu ve örnekler için bkz. Bilgen, 43 vd.

Acaba Anayasa, kanun ve idari işlemler dışında bir temel hak ve hürriyetin tanınması mümkün müdür ve örnekleri var mıdır? Bu sorunun cevabı, evet mümkündür.

Hatta tatbikattan bunun örneklerini de bulabiliriz.

Gerek Avrupa'da ve gerekse memleketimizde, devlet başkanlarının işlemleri ile kişilere temel hak ve hürriyetler tanındığı görülmüştür. Mesela: 1215 sayılı Magna Carta Libertatum, 1628 Petition of Rights, 1689 Bill of Rights, 26 Ağustos 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, 1808 sened-i ittifak, 1839 Tanzimat Fermanı, 1856 ve 1865 Islah fermanları gibi. Bütün bu işlemler bir anayasa olarak kabul edilmiyor, ama belirli hak ve hürriyetleri tanımlıdır, hem de ilk defa kabul ve tanzim etmişlerdir. Bu işlemler devlet başkanlarının veya geniş yetki kurullarının tek taraflı iradelerinin ortaya çıkış şekilleridir.

5 - Yargı İşlemleri:

Acaba yargı işlemleri ile bir hak ve hürriyet düzenlenebilir mi? Cevabı, evet'dir. Kaide ve normal olan yol ve araç yargı işlemi olmamakla beraber, teorik olarak bir hak ve hürriyetin yargı işlemi ile düzenlenmesine bir engel yoktur ve tatbikatta da görülmüştür.

Mesela Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) bir hukuki ihtilafı çözerken, genellikle yorum yoluyla bir hak ve hürriyetin varlığını ortaya koyabilir ve koymuştur. Hatta bu hak ve hürriyetin varlığının şüphesiz olduğunu da beyan edebilir. Bu hak ve hürriyetler o güne kadar, Anayasanın bir hükmünden "**açıkça**" anlaşılmıyordu, bu sebeple de yoktu, yok kabul ediliyordu. Ama bu yargı işlemi ile getirilen yorumla, var kabul edilmiştir. İlk defa ortaya konulmuştur³.

Yargı işlemleri ile temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesine tipik misal FAMK. md. 32'de düzenlenen hükümdür. Burada söz konusu olan "**Bir defalık Düzenleme**" de dediğimiz (Einstweilige Anordnung) "**Geçici Kararname**" ile bir ihtilafı durumu düzenlemesidir.

İlgili hüküm⁴ şöyledir :

Madde 32: 1- Ağır bir zararın def'i veya hazır bir tehlikeye mani olmak veya toplum menfaati için bir diğer ehemmiyetli sebepten zaruri ise, Federal Anayasa Mahkemesi ihtilafı bir halde, durumu geçici kararname ile muvakkaten düzenleyebilir.

3 Ayrıca bkz. Bilgen, 46 vd.

4 Bkz. Servet Armağan, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu ve Bazı Özellikleri, İÜMHAD, yeni seri, yıl:1, No:1

2- Geçici Kararname sözlü duruşma olmaksızın alınabilir. Hususi müsta'cel hallerde Federal Anayasa Mahkemesi davaya asli olarak katılan, iltihaka hakkı olanlara, ya da açıklamada bulunma hakkı olanlara görüşmelerini bildirme fırsatı vermekten sarfınazar edebilir.

3- Geçici Kararname kararla alınır veya reddedilirse, itiraz edilebilir. Bu Anayasa şikayeti davasında şikayette bulunan için cari değildir. İtiraz hakkında Federal Anayasa Mahkemesi sözlü duruşmadan sonra karar verir. Bu duruşma itiraz gerekçesinin gelişinden sonra iki hafta zarfında yapılır.

4- Geçici Kararnameye karşı itiraz geciktirici tesiri haiz değildir. Federal Anayasa Mahkemesi geçici kararnamenin icrasını geriye bırakabilir.

5- Geçici Kararname üç ay sonra yürürlükten kalkar. Bu, reylerin üçte iki çoğunluğu ile tekrarlanabilir."

Anayasa Mahkemesine bazı hallerde geçici kararnamelerle ihtilaflı durumu düzenleme yetkisi verilmiştir. FAMK, md. 32 ile verilen bu yetki 1. fıkrada gösterilen, ağır bir zarar ve tehlike halinde ve herhangi bir teklif olmadan kullanılabilir. Eğer kararın verilmesi beklenecek olsa bir takım teafisi kabil olmayan durumlar ortaya çıkacaktır. İşte buna mani olmak için, BVerfG'ye geçici bir müddet vaziyete hakim olma yetkisi tanınmıştır. Müessesenin bu faydası dışında, bu yetkinin, Mahkemeye bir otorite sağladığı da söylenebilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin eline, ileride vereceği kararın tatbikatını garantiye bağlayan bir imkan da verilmiş olmaktadır⁵. Tabii bunun yanında, Anayasa Hukukunun gerçekleşmesini sağlamaya da yardımcı olmaktadır⁶.

Son fıkra gereğince, bu husustaki düzenlemenin 3 ay devam edebilmesi, BVerfG için küçümsenmeyecek bir otorite sağlar. Oyların 2/3 si ile de kararın tekrarlanması mümkün kılınmıştır.

32. m. dışındaki bazı m. lerde de bu kabil geçici tedbir alma yetkisi tanınmıştır. Mesela: 53. M. ile Federal Başkan hakkında dava açılması halinde, BVerfG, Başkanın vazifeye devamına mani olmak için geçici kararname çıkarabilir. 58/1. m. gereğince, Federal hakimler hakkında GG., m. 98/2 ye göre açılan davalar sırasında aynı mahiyette bir yetkisi vardır. Nihayet kendi üyelerinden biri hakkında m. 105/5 bend gereğince açılan davalarda da aynı şekilde hareket edebilir⁷.

5 F. KLEİN (ve arkadaşları), Bundesverfassungsgesetz, München und Berlin, 1965, md. 32/4,8,9

6 İbid., 9.

7 Tatbikattan örnekler için bkz. E. FRISENHAHN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln-Berlin, 1962, sh.191.

c) Düzenleme ve Vatandaş :

Acaba bir hak ve hürriyetin düzenlenmesi vakıası karşısında vatandaşın elinde ne gibi hukuki imkanlar mevcuttur? Veya ne gibi güvencelere sahiptir⁸?

Bir defa her şeyden önce belirtelim ki, her düzenleme bir sınırlama demek değildir. Hiç bir sınırlama olmadan da bir düzenleme yapılabilir. Ama her sınırlama bir düzenlemedir. Bu esası böylece ortaya koyduktan sonra yukarıdaki soruya, düzenleme yapılan araçlar ve bilhassa, hak arama yollarının türü açısından cevap verebiliriz:

1 - Yargı Yolu (recours juridique) :

a) Anayasa ile düzenleme yapılmışsa, iç hukuk bakımından vatandaşın elinde, bu anayasa hükmüne karşı yargı yoluna başvurma imkanı yoktur. Sadece Cumhurbaşkanı "**Anayasa değişikliklerine ilişkin konuları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna sunabilir.**" (A. md. 104/a)⁹. Ayrıca anayasayı değiştiren kanun, ki bu da ihtiva ettiği için değişiklikler ile A.nın bir parçası olmuştur, hakkında iptal sistemi ile Anayasa Mahkemesine başvurabilir. (A. md. 148,150).

b) Kanun ile düzenlemelere karşı Anayasa Mahkemelerine dava açılabilir. Türk hukukunda kişiler doğrudan Anayasa Mahkemesine iptal davası açamazlar, ama bir mahkemede kendilerine uygulanmak istendiği zaman bu kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürebilir. (A.md.152.).

1982 A. sisteminde memleketimizde kişiler doğrudan bir kanuna karşı anayasa mahkemesine dava açamazlar, A. md.de sayılan siyasi partiler bu davayı açabilirler. A.md.1961 A.md.149 hükmü gereğince Yargıtay, Danıştay, Üniversiteler v.b. de iptal davası, sınırlı sahada da olsa, açabiliyorlardı.

c) İdari İşlemler ile düzenleme yapıldığı takdirde ilgililer, idari yargı yoluna başvurabilirler. (A.md.125) ;

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."
Ayrıca bkz. A. md. 36 ve 40.

d) Yargı kararlarına karşı bir yola başvurulamaz. Ama kesin değilse üst yargı yoluna (itiraz, temyiz, tashih-i karar, iade-i muhakeme) başvurabilirler.

Bazı Örnekler:

1- A. md. 79/2: "**Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulmaz.**"

8 Ayrıca bkz. **Bilgen**, 70 vd.

9 Kişiler iç (milli) hukuk açısından Anayasa Mahkemesine gidemezler,ama İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilirler. Bunun misalleri görülmüştür.

Çünkü Yüksek Seçim Kurulu "... seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ..."ya yetkilidir.

2- A. md. 148/5: "**Yüce Divan kararları kesindir.**"

3- A. md. 158/1: "**Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir.**"

Yargı kararı ile düzenlemeye tipik misal Federal Almanya'da, Anayasa Mahkemesi Kuruluş K.md. de düzenlenmiştir. "bir defalık düzenleme" (Einstweilige Anordnung) ismi verilen bu müessese md. 32.'de yer almış bulunmaktadır. Bu hükme yukarıda temas etmiştik. Bu düzenlemeye karşı yargı yolu yine kararı mahkemeye yapıyor.

e) Uluslararası bir andlaşmaya karşı ise "**Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz**" (A.md.90/son)

2 - İdari Yol:

Kişiler temel hakları düzenlemelere karşı idari yola da (recours administrative) başvurabilirler. Bu yol yargı yolu dışındaki bir yol olup, kişinin idari mercilere dilekçe ile başvurusudur. Bu yol, demokratik bir yol olup, kişinin bir temel hakkı olup, demokratik bir idarenin de zaruri bir unsurudur. Bu sebeple, Anayasa ve kanunlarda ayrıca düzenleme ve tanınmasına gerek yoktur.

1982 A. md. 40. bu konuyu genel bir şekilde şöyle düzenlemiştir: Ayrıca A. md. 74 de düzenlemiştir:

"Vatandaşlar, kendileriyle ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir."

Konumuzla ilgili olarak, burada vatandaş, temel haklar ile ilgili bir düzenleme hakkında dilek ve şikayetini dile getirmektedir, yani getirme yoluna gidebilir.

Anayasanın 40. Maddesi ise şöyledir:

Madde 40- Anayasa ile tamamlanmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesi yetkili makam geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tanzim edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

3 - Siyasi Başvurma (Yol) :

Kişiler düzenlemelere karşı **siyasi başvurma** (recours politique) yoluna da gidebilirler. Bu yol, TBMM'ne dilekçe ile başvurmadır. A.m.d.74 hükmü, hem idari yolu (yani İdari makamlara başvurmayı), hem de siyasi yolu, yani TBMM'ne başvurma yolu düzenliyor¹⁰.

II - SINIRLAMA

a - Genel Olarak:

Yukarıda sınırlama ihtiva etmeyen düzenlemeden bahsettik. Burada ise, sınırlama ihtiva eden bir düzenlemeyi ele alacağız.

Burada söz konusu olan bir temel hak ve hürriyetin, az veya çok bazı sınırlarla sınırlanmasıdır.

Sınırlamanın araçları ile amaçlarına biraz aşağıda temas edeceğiz. Burada önce üç noktaya temas edelim :

a - *Mutlak hürriyet yoktur:*

Hiçbir hürriyet mutlak değildir. Mutlaka bir sınırı vardır ve olmalıdır. Sınırsız hürriyet, medeniyet değil, bir manada vahşettir. Mesela: Bir kimsenin avazı çıktığı kadar bağırarak konuşması, şarkı söylemesi, hoparlörü çok ve gereğinden fazla açarak müzik yayını yapması, herkesin gidip geldiği yerlerde ibadet etmesi ve ibadetini saatlerce devam ettirmesi şeklinde bir hak ve hürriyetin kullanılması kabul edilemez.

Zaten anayasa ve kanunlardaki sınırlamalara bakacak olursak, bu durumun bütün demokratik devletlerce kabul edildiğini görürüz.

b - *Sınırlama eşyanın tabiatı gereğidir:*

Sınırlama bir manada eşyanın tabiatı gibidir. Her kaidenin bir istisnası vardır. Temel hak ve hürriyetlere bir sınır getirmek de bir bakıma onun bünyesinin gereğidir. Hatta temel hak ve hürriyetlerin bünyelerinde bu sınırlar mevcuttur. Nitekim A.m.d.12/2 bu durumu ve gerçeği ifade etmiştir :

1. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği

Madde 12- "**Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.**

10 Vatandaşın İdari ve Siyasi başvurusuna "**Dilekçe Hakkı**" da ismi veriliyor. Dilekçe hakkını memleketimizdeki uygulaması ve mukayeseli hukuktaki yeri hakkında bkz. **Servet Armağan**, Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İst. 1972 İHF y.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder¹¹."

c - Her kötüye kullanma bir sınırlama getirir:

Gerek anayasalarda ve gerekse kanunlardaki sınırlamaları bakacak olursak, bilhassa daha önceki hadiseleri nazara alacak olursak, sınırlamaların, kötüye kullanmaların arkasından geldiğini tespit edebiliriz. Anayasadaki sınırlamalar hepsinin bir tarihi "background"u, bir sebebi vardır ve zaruretlerin ortaya çıkardığı bir durum olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim aşağıdaki misallerde bu durum açıkça görülecektir.

2 - Sınırlama araçları:

Sınırlama araçları nelerdir ?

Bu sorunun cevabını, yukarıdaki sıra dahilinde verebiliriz.

a) Anayasa :

Kaide olarak bir temel hak ve hürriyet anayasa ile sınırlanır. Daha doğrusu o temel hak ve hürriyetin sınırları, düzenlenirken, sınırları da gösterilir. Örnek:

11. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13- "Temel hak hürriyetler, Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, Milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngördükleri amaç dışında kullanılamaz.

11 Bu md.nin gerekçesinde açıklayıcı bir bilgi yoktur. Mesela bkz. :

.Gerekçe: "Temel hak ve özgürlüklerin niteliği'ni belirleyen bu maddenin ilk fıkrasında, bunların bir devlet "lütfu" olmadığı; kişiliğin, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu vurgulanmıştır. Şu halde, yukarıda da belirtildiği gibi, devlet, kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak, hiçbir müdahalede bulunmamak, bu özel alan sınırları içine girmemekle yükümlüdür.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, temel hak ve özgürlüklerin ikinci bir niteliği belirtilmiş bunların, içinde yaşanılan topluma, aileye ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği belirtilmiştir. Kişi sahip bulunduğu hak ve özgürlükleri kendi iradesi doğrultusunda kullanırken bu ödev ve sorumlulukları da gözönünde bulundurmak sorundur. (DM. 1982)

.Gerekçe: "Maddenin ikinci fıkrasının sarahati karşısında "Temel hak ve hürriyetler, ancak bu ödev e sorumluluklara bağlı olarak kullanılabilir." Şeklindeki üçüncü fıkrası maddeden çıkarılmıştır. (MGK. 1982)

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

b) Kanun:

Daha çok görülen araç ise kanunla sınırlamadır. Hatta 1961 A.md.11/1 de sınırlamanın "**ancak bir kanunla yapılabileceğini**" söylüyordu. 1982 A.nda "**ancak**" kelimesi kaldırılmıştır.(md.13/1). Yukarıda bu md. hükmünü verdik.

c) İdari İşlemler:

Modern demokrasilerde temel hak ve hürriyetler idari işlemler ile sınırlanamaz. 1982. md.13/1 hükmü gereği idari işlemler ile temel hak ve hürriyetler sınırlanamaz¹². Buna rağmen idari işlemler ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandığı, memleketimizde görülmüştür ve görülmektedir.

d) Yargı Kararı:

Bunun tipik misali yukarıda verdiğimiz misallerde görüldü. Bilhassa Almanya'da yürürlükte bulunan "bir defalık düzenlemedir." (FAMK, md. 32). Bu noktaya biraz yukarıda temas etmiştik.

e) Sınırlama gereği:

Acaba temel hak ve hürriyetler niçin sınırlanır? Sınırlayanlar, sınırlamaya niçin gerek duyarlar? Bu sorunun cevabını aşağıda başlıklar halinde vereceğiz:

1- Mutlak (sınırsız) hürriyet yoktur:

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, mutlak, yani sınırsız hürriyet yoktur. Her hürriyetin sınırları vardır ve sınırlanabilir. Bu sınırların bir kısmı o hak ve hürriyetin bünyesinde mevcuttur (İmmenente Schranken). Esasen mevcut bu sınırları, yazılı bir metin halinde belirtmesek bile vardır. Yazılı bir metin halinde belirtmek, onun varlığını, var olduğunu açıklamak demektir.

İkincisi ise, kişilerin bir temel hak ve hürriyeti kötüye kullanmaları neticesi, idareciler bazı sınırlar getirmek ihtiyacını hissederler. Tabii söylemeye gerek yok ki, idarecilerin temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirme gereğini duymaları, kendi "**siyasi tercihleri**" dir.

¹² Yukarıda da dediğimiz gibi, idare, temel hak ve hürriyetleri idari işlemler ile düzenleme ve sınırlama yoluna, maalesef girmektedir. Bu tip yanlış uygulamaların en göze batanı, idari işlemler yoluyla, temel hak ve hürriyetlerin sahasında suç ve ceza ihdas ederek, düzenleme ve sınırlama getirmesidir. A. md. 38'de suç ve cezaların, idari işlemlerle değil, ancak kanunla yapılabileceğini belirtmiştir.

A. md. 12/son, her hürriyetin bünyesinde mevcut bu sınırları ifade etmiş bulunmaktadır. Buna yukarıda işaret etmiştik.

2- Dikta hevesi:

Kanaatimizce, temel hak ve hürriyetlerin sınırlamasının bir gereği, yani motiv'i de idarecilerde bulunan dikta hevesidir. Yani siyasi iktidarı kullanan şahısların, bünyelerinde mevcut faziletsizlik, temel hak ve hürriyetlere tahammülsüzlük, insan haysiyetine hüremetsizlik ve dikta idaresi kurmak ve devam ettirmek temüyülü, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında rol oynar. Yani ortada sınırlama gerektirecek bir tehlikeli durum ve gerek yok iken, sırf insanlara eziyet olsun, insanlar idarecilerin ve iktidardaki partinin emirlerine kayıtsız şartsız tabi olsunlar diye böyle bir sınır getirmek gereği hissedilir. İnsanlar ne kadar temel hak ve hürriyetlere geniş bir alanda sahip olurlar ve yüksek kalitede kullanırlarsa, şahsiyetleri o kadar gelişir. İdarecilere karşı daha aydın, daha medeni ve memleket sever istikamette davranırlar. Böyle bir gelişmeyi, faziletsiz idareciler, içlerinde habis dikta hevesi bulunan idareciler istemezler, bu sebeple, temel hak ve hürriyetleri sınırlarlar. Bu kabil uygulamalar, sağ ve sol, her türlü diktatörlükte görülür ve görülmüştür.

3- Belli gerekler, amaçlar:

1982 A. sisteminde temel haklar ve hürriyetler muayyen gerekler üzerine ve muayyen gayelerle sınırlanabilir. 1982. A. md. 13 bazı sınırlama sebepleri veya amaçları saymıştır. Bu sebepler genel sebeplerdir. Yani bu sebepler temel hak hürriyetlerin tümü için geçerlidir. Ayrıca diğer md.lerde özel sınırlama sebepleri belirtilmiştir.

A. md.13/1 hükmü şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngördükleri amaç dışında kullanılamaz."

"Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

Bu md.'nin gerekçesi oldukça açıklayıcı bilgiler ihtiva etmekte, böylece kendisinde beklenen görevi yerine getirmektedir¹³. Aşağıdaki açıklamalarla konuyu etrafıyla açıklayacağız.

13 A. md. 13'e ait gerekçeler şöyledir :

.Gerekçe: "Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını hüküm altına alan bu genel maddenin birinci fıkrasında önce, bütün hak ve özgürlükler için geçerli yani "**genel nitelikte**" olan sınırlama nedenleri gösterilmiştir. Bunlar Türk devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünden, Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğinin, kamu yararı ve kamu güvenliğinin, asayişin, kamu düzeninin, genel ahlak ve sağlığın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına yönelik nedenlerdir. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada, belli bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına meşru gerekçe teşkil eder. Daha önce de belirtildiği gibi "**genel nitelikteki**" bu sınırlama nedenlerinin belli bir hak veya özgürlük konusunda uygulanabilmesi için, o hak veya özgürlüğe ait özel maddede ayrıca öngörülmüş olması yani açıkça kendisinden söz edilmiş bulunması gerekmez. Eğer belli bir hak ve özgürlüğe mahsus olan maddede (mesela Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüğüne ilişkin 34 üncü maddede olduğu gibi) o hak ve özgürlük için hiçbir sınırlama nedeni gösterilmemiş ise, bu husus, sözü edilen hak ve özgürlüğün hiçbir sebeple sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez; fakat bu hakkın yahut özgürlüğün yalnızca genel sınırlama nedenlerine dahil bir mülahaza ile sınırlandırabileceğini, bunun sınırlandırılmasında başkaca özel bir sınırlama nedeninin bulunmadığını ifade eder.

Temel hak ve özgürlükler, genel sınırlama nedenleri yanında ve bunlara ilaveten her bir hak veya özgürlüğü mahsus özel maddede açıkça öngörülen "**özel sebeplerle**"de sınırlandırılacaktır. Mesela "**Düşünce açıklama ve yayma özgürlüğü**", genel sınırlama nedenlerine eklenmek suretiyle, suçların önlenmesi, meslek sırrının korunması, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi nedenleriyle de sınırlandırılabilir. Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "... korunması amacıyla ve aynı zamanda Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle ve ancak kanunla sınırlandırılabilir" ibaresinin anlamı budur. Ayrıca ilave etmek gerekir ki, yukarıdaki ibarede belirtildiği gibi, "**özel sınırlama sebebi**" yalnız bir hak veya özgürlükle ilgili maddede değil, Anayasanın herhangi bir maddesinde de yer alabilecektir.

Maddenin birinci fıkrasında "**ancak kanunla**" denilmek suretiyle, hak ve özgürlük sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında mümkün tek amaç olarak kanun yani yasama tasarruflarının seçildiğini gösteren bu hüküm dahi "**genel**" niteliktedir. Diğer bir deyimle hak ve özgürlüklere ait bütün maddelere sari bir genel hükümdür. Bu nedenle herhangi bir hak veya özgürlüğe ait maddede, o hak ve özgürlüğün "**kanunla**" sınırlandırabileceğini ayrıca belirtmeye gerek yoktur; ve maddelerin yazımında bu hususa sadık kalınmıştır. Fıkırada ayrıca, söz konusu sınırlamaların Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olması zorunluluğu da gösterilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında daima gözetilmesi gereken ölçü; yani sınırlamaların sınırı öngörülmüştür. Diğer bir deyimle hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır. Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği "**öze dokunmama**" kıstasından daha belirgin, uygulaması daha kolay bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme veya bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir.

Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğu; binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğü vurgulanmaktadır. Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve özgürlükler sınırlandırılmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Dider bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır.

Nihayet maddenin son fıkrası, bu madde hükmünün "**genel niteliğini**" açıkça vurgulamaktadır." (DM. 1982)

.Gerekçe: "Danışma meclisine kabul edilen 13 üncü madde ile bu madde metni arasındaki fark "Diğer kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması" ibarelerinin çıkarılmasından ibarettir. Gerçekten 12 nci mad-

Görülüyor ki, 1982. Sisteminde temel hak ve hürriyetler genel ve özel bazı sebeplerle sınırlanabilir. Genel sebepleri 13./1 md. saymıştır. Özel sebeplere gelince: Bunlar ilgili temel hak ve hürriyeti düzenleyen md.ler de belirtilmiştir. Misal olarak 27/2. md.de düzenlenen ve bilim ve sanat hürriyeti ile ilgili sınırlamayı hatırlayalım. Bu md.ye göre :

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1'inci, 2'inci ve 3'üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesinin sağlamak amacıyla kullanılamaz."

Diğer örnekler yukarıda verdiğimiz madde gerekçelerinde vardır.

e) Sınırlamanın sınırı:

Ancak 1982 Sisteminde siyasi iktidarı kullananlar, belli amaçlarla da olsa, temel hak ve hürriyetleri istedikleri gibi, yani sınırsız bir anlayış ve sahada sınırlayamazlar. Sınırlama yetkileri Anayasada belirtilen amaçlara dayandırmak mecburiyetleri vardır. Yani belli sınırlar içinde kalmak mecburiyetindedirler.

A. md. 13/2 hükmü bu sınırları şöyle belirtmiştir:

"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngördükleri amaç dışında kullanılamaz."

Belirtelim ki A.nın belirttiği bu sınırlar, açık değil tersine belirsiz, her tarafa çekilebilecek kadar lastikli, müphem ve üstelik nasıl uygulanacağı da pek belli olmayan bir hükümdür.

Çünkü, **"demokratik toplum düzeninin gerekleri"** kavramı, açık değildir, yorumdan yoruma farklı olabilir. Bu sınırlamaları yapan siyasi iktidar,

denin ikinci fıkrasında yer almış bulunan **"Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder"** şeklindeki hükmün açıklığı karşısında, 13 üncü maddede ayrıca diğer kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunmasının da bir sınırlama sebebi olarak tekrar gösterilmesine gerek bulunmamıştır.

Diğer yönden, 13 üncü madde, Anayasanın İkinci Kısım, Birinci Bölümünde yer alan temel haklar ve ödevlere ilişkin genel hükümler arasında bulunduğundan, İkinci Kısımın diğer bölümlerinde yer alan temel haklar ve hürriyetler için ilgili maddelerinde ayrı ayrı genel sınırlama sebepleri gösterilmemiş, ancak bu genel sınırlama sebeplerinin dışında herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmüşse bunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. Kuşkusuz genel sınırlama sebepleri temel haklar ve hürriyetlerin tümü için geçerli olacaktır. Madde metninde bu konuda açıklık da bulunmaktadır.

Ancak, bu genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin herhangi temel hak ve hürriyetleri için sınırlama sebebi olarak uygulanacağı kanunla belli edilecektir. Kanun koruyucu bir kısım temel hak ve hürriyetler için gerektiğinde genel sınırlama sebeplerinin tümünü dikkate alarak düzenleme yapılabileceği gibi, diğer bir kısım temel hak ve hürriyetler için de genel sınırlama sebeplerinden gerekli olanları belirtmek suretiyle sınırlama yapabilecektir. (MGK. 1982)

getirdiği sınırlamanın, bu gereklere uygun olduğunu, karşı çıkanlar ise aykırı olduğunu her zaman kolaylıkla ileri sürebilirler.

Öyle anlaşılıyor ki, son sözü Anayasa Mahkemesi söyleyecektir.

Diğer taraftan md.deki "...öngördükleri amaç dışında kullanılamaz" cümleciğinin de mahiyeti anlaşılmıyor. Belki, getirilen sınırların, hangi amaç için yapılmışsa o amaç dışında uygulanamayacağı direktifi verilmek isteniyor. Ancak bu direktifin tatbikattaki seyrini kim nasıl kontrol edecektir? Bu amaç dışında veya bu amacı aşan bir sınırlama uygulaması olursa, bunu her halde idari davalarla fertler dava edecek durdurulabileceklerdir diye anlıyorum. Ancak bu cümleciğin tatbikatta nasıl uygulandığı belirsizdir; uygulamadan da örnek bulamadık.

f) Temel hakların cevheri (Wesensgehalt):

Yukarıdaki belirsizlik ile ilgili olarak 1961 A.11/son md.sinde bulunan bir tabire burada yer vermek faydalı olur.

Sınırlamanın ne derecede gerekli olduğu devletlerin kanunlarında farklı olarak yer almıştır. Modern devletlerde kabul edilen bir kıstas olarak belirtelim ki, devlet, temel hak ve hürriyetleri sınırlar veya sınırlayabilir, ama "Öz"üne dokunamaz, esas çekirdeğini ortadan kaldıramaz. "Öz" kelimesi, T.C. Anayasasının 11. Maddesinde yer almıştır. "Öz" tabiri bu maddeye Federal Almanya A.nın 19. Maddesinden aktarılmıştır. Alman Anayasasında "Öz" karşılığı için "Wesensgehalt" tabiri kullanılmaktadır.

1961 A.nın 11/1. Maddesi şöyle demektedir :

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

Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz."

Bu maddeden kısaca şu neticeleri çıkartabiliriz :

-- Temel hak ve hürriyetler, yukarıda sayılan veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle sınırlanabilir.

-- Bu sınırlama ancak "Kanun" ile yapılabilir. Yani tüzük, yönetmelik veya diğer idar muamelelerle sınırlama yapılamaz.

-- Ancak bütün sınırlama imkanlarına rağmen, bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunulamaz.

-- Bu madde genel bir maddedir. Bütün hak ve hürriyetlerin sınırlanması için söz konusudur¹⁴.

Anayasa mahkemesinin bir kararına göre, temel hakkın özü deneyimini **"hadisesine ve bahis konusu hak ve hürriyetin mahiyetine göre Anayasa mahkemesi tayin edecektir¹⁵."** Aynı görüş Anayasa yapılırken, Temsilciler Meclisi Sözcüsü tarafından da ifade edilmiştir¹⁶.

Bu konuda ayrıca şunlar söylenebilir :

"Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran, veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtların konulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir¹⁷."

"Bir hürriyetten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutmak da o hürriyetin özüne dokunmadır¹⁸."

Anayasa mahkemesinin kanaatine göre, T.C.K.'ndaki ölüm cezası, yaşama hakkını düzenleyen A.md.14'e aykırı değildir¹⁹.

Görülüyor ki, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma hiçbir surette tecviz edilmiyor. Kanunlar ne kadar sınır getirirlerse getirsinler, bir hak ve hürriyetin esası, çekirdeği ve özü daima hayatta kalmalı, canlı bulunmalıdır.

Bu hüküm 1982.A.na alınmamıştır. Ancak alınmamakla, kanaatimce hata yapılmıştır. Çünkü bu "öz" tabirinin muhtevası, yukarıda verdiğimiz 13/2 md. hükmüne nazaran daha açık olduğu söylenebilir (Madde gerekçesinde aksi görüşün daha açık olduğu belirtilmiş.). Üstelik Federal Almanya ve memleketimizde anayasa mahkemelerinin bu kavramı açıklayıcı kararları karşısında uygulamanın da nasıl olacağı, aşağı yukarı belli.

Bu tabir 1982. A.na alınmamıştır, ancak md. gerekçesinde geçmektedir.

Kötüye kullanmaya karşı düşünülen ikinci tedbir, ceza hükümleridir.

14 Bkz. Servet Armağan, 1961 Anayasası ve Temel Hak ve Ödevler, İst., 1980, İHFY sh. 3vd. 1971 yılında 11.md. değişikliği esasında, gerek zamanın Başbakanı N. ERİM ve gerekse parti başkanları ve Anayasa Komisyonu sözcüsünün beyanları bu istikamettedir. Bkz. **"Başbakan Prof. Dr. N. ERİM'in TRT'de yaptığı konuşmalar"** (basım yeri, tarihi ve netreden belli dedil),sh.13.

Parti yetkililerinin görüşleri için bkz.Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 3, Toplantı 2, Birleşim 257, sh.257 (İ.İnönü), sh.261; (S.Demirel), sh.287 (E.Paksüt), Birleşim 158, sh.527, 529 (C.Önder), sh.535 (T.Feyzioğlu).

Meclisteki görüşmelerde aynı kanaat beyan edilmiştir. Bkz. Birleşim 158, sh.541, Birleşim 162, sh.707.

15 Bkz. 277/184-18.1.1964 ve üçüncü muhalefet şerhi.

16 Bkz. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, c.3, sh.57.

17 Bkz. 16/83-9.7.1963; 17/84-17.7.1963; 19/86, 25/87-18.7.1963.

18 Bkz. 128/8-17.4.1964.

19 Bkz. 207/175-7.10.1963.

g) Vatandaşlar - Yabancılar:

Yukarıda verdiğimiz bilgiler, birinci derecede "**Türk vatandaşları**" için nazara alınmıştır. A. bunu açıkça belirtmemiş, ancak 16.md. hükmünde dolaylı olarak bu neticeyi çıkartabiliriz. Bu hüküm şöyledir :

"Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

Bu hükme göre yabancılar için getirilecek sınırlamalar :

- Kanunla yapılabilecek, ve
- Milletlerarası hukuka uygun olmalıdır.

Türkiye'nin milletlerarası birçok sözleşmeye ve özellikle temel hak ve hürriyetler ile ilgili sözleşmelere imza atmıştır. Bu sözleşmelerdeki birçok hükümler karşısında, artık, vatandaş-yabancı ayırımı yapmaya pek imkan kalmıyor. Ancak çok sınırlı alanda, yabancıların, türk vatandaşlarının hak sahibi olduğu bazı hak ve hürriyetlerden mahrum kaldığı söylenebilir. Mesela seçme ve seçilme hakkı²⁰ bunlardan biridir²¹.

20 Yabancılar Türkiye'de ve bu arada, hemen bütün dünyada, siyasi bir hak olan seçme ve seçilme hürriyetine sahip değildir. A.md. 67. md. bunu açıkça belirtmiştir.

Ancak çift vatandaşlık sahibi kimselerin durumu pek açık değildir. Yani bir türk vatandaşı aynı zamanda yabancı bir vatandaşlığa da sahip olabilir. Türkiye Cumhuriyeti çift vatandaşlığı kabul etmiş bulunuyor. Bu takdirde, o kimse seçme ve seçilme hakkını kullanabilir mi, kullanmışsa ve hatta seçilmişse hukuki durumu nedir ? Onu vatandaş olarak mı, yoksa yabancı olarak mı kabul edeceğiz ? İkinci ihtimalde, kullandığı oyları muteber kabul edemeyeceğiz, seçilmişse, seçim mazbatasını batıl saymamız gerekecektir. Bu durum, 18 Nisan 1999 seçimleri ile İstanbul'dan milletvekili seçilen FP'li Merve KAVAKÇI'nın durumu ile ilgili olarak, ancak başka bir saik dolayısı ile ortaya çıkmış ve uygulanmıştır. Bakanlar Kurulu, bu milletvekilini, izinsiz başka bir vatandaşlığa girdiği için, türk vatandaşlığından çıkartmış, böylece onu "**yabancı**" durumuna getirmiştir.

Diğer bir milletvekili, FP'li, Ankara, Oya AKGÖNENÇ de çift vatandaşlık sahibi idi. Onun hakkında da bir işlem yapıp, milletvekilliği düşürülmek istendiğine dair basın haberleri çıktı ise de, bir uygulama olmadı.

Gerçi, KAVAKÇI, başörtüsü kullandığı için TBMM'ne alınmayınca, Parlamento çalışmalarına devam edememiştir. Bakanlar Kurulunun bu olayda hareket noktası ve hedefi, vatandaş-yabancı kavramlarının siyasi bir hakkı uygulama olmuştur.

Anayasa Hukuku tatbikatımızda bu konuda başka bir örnek bulamadık. Gerçi yukarıdaki olaylar ortaya çıktığı zaman, basında yer alan bazı haberlere göre, "daha birçok milletvekili hatta bakanlar kurulu üyesi de çift vatandaşlıdırlar." Ama onlar hakkında bir işlem yapıldığı duyulmamıştır.

21 Bu md. nin gerekçesinde açıklayıcı bir hüküm yoktur. Gerekçe şöyledir :

.Gerekçe: "Bu madde, ülkede bulunan yabancıların hak ve özgürlüklerinin, gereken hallerde, vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceğini hüküm altına almaktadır. Mesela bir yabancıya ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme özgürlüğü, basın özgürlüğü elbette ki vatandaşlarınkinden farklı olacaktır. Bu farklılık kendisini özellikle siyasi haklar konusunda göstermektedir. Vatandaş ve yabancı arasında gözetilen bu ayırım milletlerarası hukuka uygun olmalıdır. Kişi-Devlet ilişkilerine milletlerarası bir unsur karıştığı zaman bu ilişkilerin düzenlenmelerinde milletlerarası hukukun göz önünde tutulması gereği bilinmektedir. (DM.1982)

.Gerekçe: İnsan hakları arasında genel olarak yer alan özel teşebbüs hürriyeti, basın hürriyeti gibi kısa bir kısım hürriyetlerin, yabancılar bakımından farklı bir surette düzenlenmesi, genel olarak kabul edilen bir

h) Sınırlama ve vatandaş:

Acaba sınırlamalar karşısında vatandaşların ne gibi hukuki imkanları vardır? Bu sorunun cevabını aşağıdaki sıra dahilinde vereceğiz:

1- Anayasaya karşı:

Sınırlama Anayasayla ile yapılmışsa, iç hukuk bakımından vatandaşın elinde bir imkan yoktur. Dolaylı imkan ise, milletlerarası hukuk sahasında hakkını aramasıdır.

2- Kanuna karşı:

Sınırlama kanun ile yapılmışsa kişiler, bu kanunun kendilerine tatbiki esnasında, Anayasaya aykırılığını ileri sürebilir (A.md.152). A.md. 150'de sayılan kişi ve kurumlar da, o kanunun iptali için Anayasa Mahkemesine iptal davası açabilirler. Bu konuya yukarıda temas etmiştik.

3- İdari işlemlere karşı:

Temel hak ve hürriyetlerin ancak "**kanun**" ile sınırlanabileceğine yukarıda, Anayasa hükmü (md.13/1) olarak işaret ettik. Yani idari işlemler ile temel hak ve hürriyetler sınırlanamaz. Şayet sınırlama idari işlemler ile getirilmişse, kanaatimizce böyle bir sınırlamayı ihtiva eden idari işlem (tüzük, yönetmelik, vs.) yok hükmündedir (keenlemyekun). Vatandaş bu idari işlemin kendisine uygulanmasına karşı çıkabilir. Çünkü açıkça Anayasaya aykırıdır. Yok hükmünde kabul etmesek de, zaten her zaman idari yargı yoluna başvurarak iptali istenebilir.

4- Kullanılması - Kötüye Kullanılması:

1- Temel haklar ve hürriyetlerin varlığının ve tanınmasının tabii neticesi, onların kullanılmasıdır. Daha doğrusu, temel hak ve hürriyetler kullanılmak, yani onlardan istifade etmek için vardır. Kullanılmayan, yani ondan istifade edilmeyen bir temel hak veya hürriyet, ancak kağıt üzerinde bir değere sahiptir.

Diktatörlükler, insanlara hak ve hürriyetleri anayasa üzerinde tanırlar, ama onların kullanılmasına, yani süjelerinin onlardan istifade etmelerine, çeşitli sınırlamalar ve idari tedbirlerle engel olurlar. Bu takdirde, temel hak ve hürriyetler yine kağıt üzerinde bir değere sahiptirler demektir.

2- Temel hak ve hürriyetleri kullanmak ne kadar tabii bir netice ise, onların kötüye kullanılmaları da o kadar gayri tabii bir neticedir. Yani birinciler ne

yoldu ve böyle bir davranışın demokratik esaslara aykırı olduğu da iddia olunamaz. Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de bu imkan açıkça tanınmıştır. Her hürriyette vatandaşları ve yabancıları ayrı ayrı mütalaa edecek yerde, yabancıların durumunun devletlerarası hukuka uygun olarak kanunla düzenleneceğini belirten bir genel hükmün konulması daha pratik yoldur.(1961)

kadar arzu edilen yüksek bir medeniyet seviyesinin gösterirse, kötüye kullanılması da o kadar medeniyetsizlik ve vahşet demektir.

Bu açıklamaların bir diğer manası da şudur: İnsanlar sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kötüye kullanmamalıdır. Çünkü onlar muayyen bir ulvi gaye ve yüksek bir seviye kazanmak için verilmiştir, tanınmıştır ve düzenlenmiştir. Bu gaye "medeniyet"tir. Kötüye kullanma ise medeniyetsizliktir, seviyesizliktir, nizam bozucu bir davranış demektir.

3- Tatbikatta temel hak ve hürriyetlerin zaman zaman kötüye kullanıldığı görülmektedir. Kötüye kullanma bazı temel hak ve hürriyetler için daha yoğun müşahede ediliyor. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı (A. md.34) bunlardan en belirginidir. Grev Hakkı da (A. md. 54), gerek memleketimizde ve gerekse sanayi toplumu olan Avrupa'da, sık sık kötüye kullanılan ve hatta siyasi istikamette kullanılan bir diğer haktır.

4- Kötüye kullanmaların en aşırı şekli, bir temel hak ve hürriyeti yok etme neticesi doğuran (kötüye) kullanmalardır. Burada söz konusu olan şudur: bir temel hak ve hürriyet kullanılıyor, ama kullanılırken diğer bir temel hak veya hürriyet yok ediliyor. Mesela toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılırken, bu uygulama ile hiç ilgisi olmayan kimselerin mülkiyet hakkı yok ediliyorsa veya hayatlarına son veriliyorsa, bir hürriyet kullanılırken, diğer bir hürriyet yok edilmiş olmaktadır. Grev hakkı kullanılırken, mala ve cana verilen zararlar da, hayat hakkı ve mülkiyet hakkının yok olmasını netice veren davranışlara bir misaldir²².

O halde netice olarak şöyle diyebiliriz: **"Hürriyeti yok etme hürriyeti yoktur."**

A. md.14 bu konuları şu şekilde düzenlemiştir:

Madde 14 - "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, 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 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.

22 1987 yılı 1 Mayıs Toplantı ve Gösterisi sırasında, İstanbul Kadıköy'de, gösteri ile hiçbir ilgisi olmayan ticaret yerlerinin camlarının kırılması, mallarının yağmalanması ve diğer insanların dövülmesi hala hafızalardadır.

Yine aynı şekilde, 1970'li yıllarda Şanlıurfa'da Ceylanpınar'daki grevlerde, cins ve çok pahalı atların bakımsızlıktan can çekişmeleri ve ölmelerine sebep olmak da grev hakkının kullanılması ile mal mülkiyet hakkının yok edilmesine yol açmaktı.

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

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz."

Görülüyor ki, burada temel hak ve hürriyetlerin belli amaçlar istikametinde kullanılmayacağı belirtilmiştir. Biraz yukarıda belli amaçlarla sınırlanabileceği belirtilmişti, burada ise belli amaçlar istikametinde kullanılmayacağı ifade edilmiştir.

Bu amaçlar istikametinde kullanılırsa ne olur ?

Olacak şey, o temel hak ve hürriyeti kullananın, kullanmasına daha doğrusu kötüye kullanmasına, engel olmaktır. Belirtelim ki, burada bu amaçlar istikametinde kullanma, daha doğrusu kötüye kullanma, cezai veya zabıta tedbirleri ile karşılık bulacaktır. Mesela: Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü tehlikeye düşürmek için düşüncelerini açıklayan, fiili hareketlerde bulunarak toplantı ve yürüyüş yapan hakkında evvela bu fiillerine mani olunur, arkasından ceza davası açılır. Bunun gibi din ve mezhep ayırımı yaratmak için ve bu istikamette bu iki hakkın kullanılmasına karşı da aynı tedbirler alınır.

Görülüyor ki, burada temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının tespiti ile birlikte o kimseye karşı zabıta tedbiri ve arkasından da ceza davası açma prosedürü başlatılması söz konusudur.

Zaten yukarıdaki md.nin 2. fıkrası bu durumu düzenliyor. Bu fıkradaki "kanun"dan maksat, başta TCK olmak üzere, Terörle Mücadele K. ve diğer kanunlardır.

Md.nin son fıkrası, bir temel hakkın ve hürriyetin kullanılması değerlendirilirken veya yorumu esnasında bir diğer temel hak ve hürriyetin yok edilme neticesi ortaya çıkıyorsa, artık bu değerlendirmeyi veya yorumu yapmaya kimenin hakkı olmadığı belirtilmiştir.

Bu hüküm, daha çok mahkemelerin yorumlarında ve kararlarında söz konusu olur. Ancak idare emirlerinin eylem ve işlemlerinde de ortaya çıkabilir²³.

23 25 Şubat 1990 tarihinde işçiler tarafından Zonguldak'tan başlatılan yürüyüşte taşınan pankartlar ve atılan sloganlar çok enteresandı: "Çankaya'yı mezar yapacağız" "Ankara'yı onlara dar edeceğiz" v.b.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar, A. md.14'ün gerekçesinde de yer almaktadır:

Gerekçe: Bu maddenin birinci fıkrasıyla, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması önlenmektedir. Fıkroda hak ve özgürlüklerin ne gibi kötü kasıtlarla kullanılmayacağı sayım yolundan gösterilmiştir. Her ne kadar, önceki maddede yer alan genel ve özel nedenlerle gerçekleştirilen sınırlamalar, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önleyebilir ise de; bazı hallerde kanun hükümlerine uygun olarak kullanılan bir özgürlüğün, esnasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kasıtın da fıkroda belirtilen yasak amaçlara yönelik

5- Dava hakkı:

Acaba temel hak ve hürriyetlerin, yukarıda belirtilen amaçlarla kötüye kullanılması halinde bir dava hakkı söz konusu olur mu?

Burada iki ayrı istikamette dava hakkı söz konusudur:

a- Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması halinde, kötüye kullanılan hakkında devlet idaresi tarafından kavuşturma yapılır ve dava açılabilir. TCK.'nın ilgili md.lerine (mesela 311 vd.) dayanarak bu davaları açabileceği düzenlenmiştir.

b- Kişiler tarafından da dava açılabilir. Bu dava :

aa- Ya devlet idaresine karşı açılır ve kendi temel hak ve hürriyetlerinin yok edildiğini, haklarının kullanılmasına imkan tanınması ve buna engel olanların, onu yok edenlere engel olunması istenebilir. Burada idare aleyhine, ya da şahsi kusur halinde ajan aleyhine, açılan bir hukuk ve ceza söz konusudur. (Bkz. TCK.md.174 vd; A.md.40)

bb- Ya da, kendi hak ve hürriyetini yok eden şahıslara karşı bir dava (ceza veya hukuk) davası açabilir. (Bkz.TCK.md 174 vd.)

Bu durum türk ve modern devletlerin mevzuatlarında düzenlenmiştir.

5- Arzu ve temenni edilen, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması, "medeni" bir seviyede kullanılması, hele hele başkalarının hak hürriyetlerini şok etme neticesi doğuran bir istikamette hiç kullanılmamasıdır²⁴.

bulunması her zaman mümkündür. Mesela, Türkiye'de Türkçe'den başka bir dille yayımlanan süreli yayının bölücülük; yahut dini yayının mezhep ayırımı yaratmak kastını gütmesi gibi.

Maddenin üçüncü fıkrası, yorum kuralı niteliğindedir. Kişinin sahip bulunduğu hak ve özgürlükler, bu hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir harekette bulunmaya imkan verir şekilde yorumlanamaz. Diğer bir deyimle, bir hak veya özgürlüğün Anayasada yer almış bulunması buna sahip olan kişiye, temel hak ve özgürlükleri yok etme amacıyla faaliyette bulunmaya ve bu faaliyetin de meşru sayılmasına imkan vermez. Bu yorum kuralıyla, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı güçlendirmektedir. (DM.1982)

Gerekece: Maddenin birinci fıkrasında yer alan "Bu amaçla kullananlar,kötüye kullandıkları o hak ve hürriyeti kaybederler. Hak kaybı hükmü mahkemelerce verilir." şeklindeki hüküm, madde metninden çıkarılmıştır. Tetkik edilen yabancı devlet anayasalarından Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 18'inci maddesinde buna benzer bir hüküm yer almaktadır. Ancak,Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 18'inci maddesinde, temel hak ve hürriyetlerinin tamamı için değil,bazı temel hak ve hürriyetler sayılmak suretiyle ve bunların hür demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılması halinde kaybedileceği; hakkın kaybına ve bunun ölçüsüne Federal Anayasa Mahkemesinin karar verebileceği şekilde düzenleme yapıldığı görülmüştür. Danışma Meclisince kabul edilen madde metninde, temel hak ve hürriyetlerin tümü için böyle bir hüküm getirilmiş ise de, bazı temel hak ve hürriyetlerin özellikleri itibariyle kaybının söz konusu olamayacağı bir gerçektir. Kaldı ki, Türk Anayasa Hukukunda da bugüne kadar böyle bir sisteme yer verilmediği gibi, temel hak ve hürriyetleri bu madde hükümlerinde aykırı biçimde kullananlar,ceza kanunlarının hükümlerine göre tecziye edilebileceklerinden anılan hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Maddede yapılan diğer değişiklikler ise redaksiyon niteliğindedir. (MGK.1982)

24 Bu arzumuz yanında, realitelere de kısaca işaret edelim : Maalesef, gerek memleketimizde ve gerekse Avrupa'da temel hak ve hürriyetlerin bir kısmı veya büyük bir kısmı sık sık kötüye kullanılmakta ve bu sebeple de binlerce hukuk ve ceza davaları açılmaktadır. Mesela :

6- Nihayet son olarak tekrarlayalım ve belirtelim ki, her kötüye kullanmanın arkasından bir kısıtlamanın gelmesi mukadderdir. İdareciler, bazen amacı ve sınırı da aşarak, kötüye kullanmaları mani olmak ve temel hak hürriyetleri, "... öngördükleri amaç dışında kullan"maya karşı (A. md.13/2) sınırlamalar ve kısıtlamalar yoluna gitmektedirler. Burada amaç, kamu düzeninin korunması, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlığın iadesi ve korunmasıdır.

-
- Haberletme hürriyeti (A.md.22) ve imkanları (A.md.31), tehdit ve terör fiillerinin tanzim, sevk ve iadesi için kullanılmaktadır. Ya da telefon kulübelerinin tahribi yoluna gidildiği çok görülmektedir.
 - Düşünceleri açıklama hürriyeti (A.md.25-26), kişilerin şeref ve haysiyetini rencide eden, onları terzil ve tahkir eden bir istikamette kullanılmaktadır. Buna basın hürriyetini de ekleyebiliriz.
 - Din ve vicdan hürriyeti (A.md.24), insanların vicdanlarına baskı yapmak ve üstelik bir takım hurafe ve batıl şeyleri insanlara öğretmek için kullanılmaktadır.
 - Sağlık hakkı (A.md.56) ise, yakınlarını bedava tedavi ettirmek v.b. istikametinde kullanılmakta, verilen ilaç v.b. şeyler akıl almaz boyutlarda israf edilmektedir.