

TEMEL HAK VE HÜRRIYETLERİN SINIRLANMASINDA “SINIRLAMANIN SINIRI”

Dr. Turan YILDIRIM

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması düzenlenmektedir. 13. maddeye göre, sınırlama, maddede belirtilen veya Anayasa'nın ilgili öbür maddelerindeki sebeplerin varlığı halinde, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasa ile yapılabilecektir. Anayasa'ya göre, temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri araç dışında da kullanılamıyacaktır.

Temel hak ve hürriyetlerin soyut kavramlar olmaktan çıkarılıp yaşama geçirilmesi, kullanılabilir duruma getirilerek kişi yönünden uygulama değeri taşıması için sınırlarının belirlenmesi, kullanma yol ve yöntemlerinin açıklanması gerekmektedir.¹ Sınırlamanın sınırının belirlenmesi, bireyler açısından olduğu kadar, yasama organı ve idare bakımından da önemlidir, çünkü bu sınırı aşan işlemler iptal müeyyidesiyle karşı karşıyadırlar.

Anayasa'nın 13. maddesinin gerekçesinde, sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaması, şu şekilde açıklanmaktadır: "... Hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışıyla uzlaşabilir olmalıdır... Madde- nin ikinci fıkrası, son satırı, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğu; binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğünü vurgulamaktadır. Şu halde öngörülen nedenler yahut amaçlar bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır, diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır."

Bilindiği gibi, 1982 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, sınırlamanın sınırı olarak kullanılan prensipler, İnsan

¹ AYM., E.1987/16, K.1988/8, T.19/4/1988, RG.23/8/1988, 19908.

Hakları Avrupa Konvansiyonu'ndan alınmıştır. 13. maddenin gerekçesinde, getirilen yeni ölçütlerin, 1961 Anayasası'nın kabul ettiği "öze dokunmama" kıstasından daha kolay olduğu belirtilmekteyse de doktrinde bu düşüncenin eleştirisine rastlamaktayız.² İspanya'da Anayasa Mahkemesi'nin, "öze dokunma" kriterini, Türk Anayasa Mahkemesi'nden 20 yıl sonra, "kullanılabilirlik" kavramını kullanarak açıklaması, "öze dokunma" ölçütünün belirgin olmadığı savını şüpheyile karşılamayı gerektirmektedir.³

13. maddede kullanılan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünün içeriği yeterince belirgin değildir. Bu nedenle üzerinde durmak gerekmektedir. Demokratik toplum düzeni nedir? sorusuna verilecek cevap, temel hak ve hürriyetlerin nereye kadar sınırlanabileceğini de belirleyecektir.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken temel nokta, "demokratik toplum" kavramının, 1982 Anayasası'nın yorumu yoluyla mı tanımlanacağı ya da evrensel (daha doğru bir söyleyişle Batılı) anlamının mı kabul edileceğidir.

Doktrinde, görebildiğimiz kadarıyla, ağır basan görüş, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün, "Batı standardında bir demokratik düzen" olarak anlaşılması gerektiği yolundadır.⁴ Fakat şunu da belirtmek

² F. Sağlam, *Türk Anayasa Sisteminde Kamu Özgürlükleri ve Anayasa Yargısı*, Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğ, 13-14 Haziran, 1987, İstanbul; E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 1986, s. 88; M. Soysal, *İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği*, Anayasa Yargısı, AYM Yay., Ankara, 1987, s. 46.

Teziç, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün sakıncalarına işaret etmektedir. Bkz. E. Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1986, s. 195.

Buna karşılık Aldıkaçtı, "öz" kavramının çok soyut bir kavram olduğunu belirtmektedir: "Binaenaleyh, bu öz kavramının hiç bir zaman yeterli derecede açıklığa kavuşamayacağı inancıyla, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Bildirisinde bulunan, "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan" kavramını getirdik. Bunu getirmekle doğru yaptığımıza da kaniyim, arkadaşlarla beraber kaniydik. Çünkü öz kavramı çok soyut bir kavramdır. Halbuki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" somutlaştırılması mümkün olan, somutlaştırılabilen ve hatta ilkeleri tespit edilmesi çok kolay olan bir kavramdır. Bundan dolayıdır ki yaptığımız değişikliğin, iddia edildiğinin aksine, Anayasanın işlemesi, fert hak ve hürriyetlerinin korunması açısından daha önemli olduğunu ve daha gerekli olduğunu düşünüyoruz..." Bkz. *Anayasa Yargısı*, AYM Yay., Ankara, 1987, s. 52.

³ "Avrupa'nın en gelişmiş anayasa teminatı sistemlerinden birini kuran yeni İspanyol Anayasası'nın 53. maddesi "öze dokunma" kriterini getirmiş ve İspanyol Anayasa Mahkemesi 8 Nisan 1981 tarihli kararında, Türk Anayasa Mahkemesi'nden 20 yıl sonra, "özü" belirlemede "kullanılabilirlik" testini uygulamıştır. Bkz. B. Çağlar, *Bir Mitosun Cismanileşmesi, Magna Carta'dan İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna*, Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğ.

gerekir ki, 1982 Anayasası'nda Evrensel anlamından farklı bir demokrasi anlayışının yer aldığını söylemek kolay olmasa gerektir.

Çünkü, biliyoruz ki, Osmanlı İmparatorluğu'ndan bu yana, Türkiye'de anayasacılık hareketleri, Batı düşüncesinden esinlenmiştir. Anayasalarımız ve hatta tüm hukuk sistemimiz Batı'dan alınmıştır. Günümüzde ise Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Topluluğu'na üye olmak, Avrupa'yla ekonomik, sosyal ve siyasal bakımdan bütünleşebilmek arayışı, çabası içindedir. Bu konumdaki bir Türkiye'de Anayasa'nın evrensel anlamının dışında bir demokratik düzen öngördüğünü söylemek, isabetli olmayacaktır.

Olsa olsa Anayasa'yı okuyanların demokrasi anlayışlarının farklılığından ya da Anayasa'daki bazı hükümlerin, Anayasa'da belirlenen demokratik düzene aykırılığından bahsedilebilir. Nitekim, 13. maddenin gerekçesinde, "genellikle kabul gören demokrasi anlayışı"ndan söz edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum anlayışında "Avrupa Standardı"ni kabul etmektedir.⁵ Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini tanımlarken evrensel prensiplere de yer vermekte; uluslararası sözleşmeleri referans norm olarak kullanmaktadır.⁶ Danıştay'ın yakınlarda verdiği bir

⁴ Özbudun, a.g.e., s. 89., Sağlam'a göre: "... Söz konusu ölçütün ülkemize özgü demokrasi olarak algılanması, temel hak ve özgürlükler açısından büyük talihsizlik olur. Bu ölçüt, ancak Batı standardında bir demokratik düzen olarak anlaşıldığı takdirde, temel hakların korunması bakımından önemli bir işlevi yerine getirebilir". Bkz. a.g. tebliğ., Çağlar, Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum anlayışında, bu güne kadar Avrupa standardını kabul ettiğini belirterek; 13. maddenin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihatlarının izlenebileceğini söylemektedir. Bkz., Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları, Anayasa Yargısı, AYM Yay., Ankara, 1986, s. 181., Sabuncu'ya göre; "Burada kastedilen demokratik toplum düzeni gerekçede de belirtildiği gibi genel olarak kabul gören bir anlayışın parçası olarak evrensel bir kategori olarak ele alınmalıdır." Bkz. Y. Sabuncu, 1982 Anayasası ve Temel Haklar ve Özgürlükler, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Ekim, 1984, Sayı: 76., s. 15., Ayrıca Bkz. B. Tanör, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, 1986, s. 137.

⁵ "... Batı demokrasilerinde ne anlaşılıyorsa öyle anlayarak yorumlamak gerekir..." Bkz. Çağlar, Anayasa Yargısında Yorum Problemi..., a.g.e., dipnot 67. "Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlama-yan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır." AYM E.1970/48., K.1972/3., T.8-9/2/1972, AMKD, Sayı: 10., s. 128.

⁶ Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Hukuk devletinin Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelerine uygun olması gerekir. Böyle bir devlet, kamusal düzeni, güven ve huzuru bozan eylemleri etkili biçimde karşılayacak önlemleri seçebilir... Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan,

kararında “uluslararası sözleşmelerde ve bildirilerde... ölçü olarak kabul edilen demokratik rejim anlayışı”ndan söz edilmektedir.⁷

Dışişleri Bakanlığının, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna kişisel başvuru konusunda genel mahiyette bilgi vermek amacıyla, 21 Nisan 1987 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan tebliğinde: “Demokratik bir toplum” kavramının, “Türk Anayasasında yer alan ilkelere ve özellikle Anayasa’nın dibacesi ve 13. maddesine de uygun” bir şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

Alman sisteminden alınan, doktrinde “ölçülülük” kriteri olarak adlandırılan amaçla orantılılık prensibi, tartışma konusu olmamaktadır. Bu durumu “ölçülülük” kıstasının yeterli açıklığa sahip olduğu şeklinde yorumlayabiliriz. Bu nedenle de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, tartışmalar “demokratik toplum gerekleri” ölçütü üzerinde yoğunlaşmaktadır.⁸

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusunda teorik görüşmelerin önemli yeri olduğu şüphesizdir. Ancak sınırlandırmanın boyutlarını gerçek anlamda kavrayabilmek için uygulamayı da görmek gerekmektedir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırlandırmanın sınırı konusundaki içtihatları incelenecektir.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası’yla getirilen yeni ölçütü, bir süre kullanmamıştır. Sınırlamanın sınırlandırılmasında bazı kararlarında kamu yararı kavramının,⁹ eşitlik ilkesinin¹⁰ ölçüt olarak kullanıldığını görüyoruz. Yeni ölçütün ilk kullanıldığı karar 1985/6 sayılı karardır¹¹

Bu kararda “Anayasa Mahkemesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3003 sayılı kanununun 7. maddesi ile değiştirilen 154. maddesinin hakkında

hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.” E.1985/31, K.1986/1, RG.9/5/1986, 19102.

Uluslararası sözleşmelerin referans norm olarak kullanılması hk. Bkz. Y. Ali-efendioğlu, *Anayasa Mahkemesinin Özellikleri ve Kararlarındaki Gelişim, Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Sempozyumu’nda Sunulan Tebliğ.*

⁷ 5.D., E.1987/2417, K.1988/1286, T.14/4/1988, Bkz. Murat Sarıca Armağanı, İstanbul, 1988, s. 369.

⁸ Sınırlamaların amaçla orantılı olması prensibi, “temel hakların korunmasında büyük bir işlev yerine getirmeye elverişli” olarak nitelenmektedir. Bkz. Sağlam, a.g. tebliğ.
a.g. tebliğ.

⁹ E.1985/23, K.1986/2, T.20/1/1986, RG. 16/4/1986, 19080.

¹⁰ Teziç, a.g.e., s. 196.

¹¹ Çağlar, *Bir Mitosun Cismanileşmesi...*, a.g.e.

kamu davası açılan Avukatın işten yasaklanmasını düzenleyen hükmünü, Anayasa'ya aykırı bularak oybirliği ile iptal ederken Anayasa'nın 49. maddesinde tanınan çalışma hakkının kamu düzeni ya da kamu yararı gibi bir mülhaza ile sınırlandırılmasını demokratik toplum düzenin gerekleri ile bağdaşmaz bulmuştur."

Bir başka kararda, Serbest Bölgelerde 10 yıl süreyle grev, lokavt ve arabuluculuğu engelleyen yasa hükmünün demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmediği söylenmektedir. Mahkemeye göre, "... Söz konusu haklar bakımından getirilen geçici yasaklığın haklı gerekçesini serbest bölgelerin kurulup yerleşmesindeki kamusal çıkarlar oluşturmaktadır. Böyle bir nedene dayalı olarak yasa koyucunun ülke düzeyinde çok sınırlı bir alanda grev, lokavt ve arabuluculuk gibi işçi ve işveren haklarının kullanılmasını belli bir süre askıya almış olmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişebileceği söylenemez..."¹²

Daha sonraki bir kararda, Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 Anayasası'ndaki "öz" kriterini, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramıyla birlikte kullandığını görüyoruz. Yüksek Mahkeme, bu kararda; "... temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir..."¹³ demektedir.

Bir kararında,¹⁴ Anayasa Mahkemesi, Milletvekili ya da yerel yönetim seçimlerine katılabilmeleri için siyasi partilerin belli sayıda il ve ilçede örgütlenme koşulundan ayrı olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde gruplarının bulunmasını da tek başına yeterli gören yasa hükmünü, "öz" kriterini kullanarak, "makul ve kabul edilebilir" bir sınırlama olarak kabul etmiştir: "... Örgütlenme koşuluna karşı TBMM'nde grup oluşturma koşulu ölçsüz, aşırı bir sınırlandırma değildir. Kimi durumlarda siyasi partilerin seçimlere katılmasına olanak veren bir yanı da vardır. Siyasi partilerin seçimlere katılmalarına temelde ve genelde güçlük çıkarılması Anayasa'nın 68. maddesinin siyasi partileri tanımlayan hükmüyle bağdaşmaz. Seçme ve seçilme hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyen boyutta olmadıkça, kamu yararı için getirilen anayasal gereklere uygun sınırlamalara gidilebilir. "Ülke Genelinde Baraj" ve "seçim çevresi barajı" birer sınırlama sayılabilirse de denetlenen sınırlama, kuruluşu, çalışmaları ve seçim uğraşlarını önleme niteliğinde ve düzeyinde aşırı değildir. Seçme ve seçilme hakkında olduğu gibi siyasi

¹² E.1985/21, K.1986/23, T.6/10/1986, RG.14/3/1987, 19400.

¹³ E.1985/8, K.1986/27, T.26/11/1986, RG.14/8/1987, 19544.

¹⁴ E.1988/14, K.1988/18, T.14/6/1988, RG.14/7/1988, 19872.

parti kurma, usulüne göre partilere girme ve partilerden çıkma, partilerin serbestçe kurulması ve çalışması haklarının özüne dokunmayan grup kurma koşulu, makul ve kabul edilebilir bir sınırlamadır...”

Aynı kararda, 3030 sayılı yasaya bağlı organlardaki boşalma durumlarında ara seçim yapılmayacağına ilişkin kural, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz nitelikte kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre: “... 3030 sayılı yasaya bağlı organlar kapsamına.. İlçe belediyelerinin organları da girdiğinden bu organların hiçbirinde 5 yıla varacak bir süre ara seçim yapılamayacaktır. Bunun sonucu olarak, anılan organlarda herhangi bir nedenle görevin sona ermesiyle doğacak boşluk ya belediye başkanlığının boşalmasında olduğu gibi belediye meclisi üyelerinden biri ya da meclislerin feshinde olduğu gibi atanmış kişilerce doldurulacaktır. Bu durumun dönem başında ortaya çıkmasında anılan belediyelerde organların halk tarafından oluşturulmasını zorunlu kılan yerinden yönetim ilkesinin ne denli gerçekleşmiş sayılabileceği ya da bir yerinden yönetim biriminin varlığı tartışılır olacaktır. Ayrıca, bundan, Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkının da büyük ölçüde zarar göreceği kuşkusuzdur. Öte yandan, anılan hükümle seçmen iradesine, seçme ve seçilme hakkına getirilen sınırlama, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşır nitelikte kabul edilemeyeceğinden Anayasa'nın 13. maddesine de aykırılık söz konusu olmaktadır...”

Mahalli idarelerin genel seçimlerine 1 yıl kala her ne suretle olursa olsun ara mahalli idareler seçimleri yapılmayacağı, yolundaki yasa hükmü ise Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan sınırlama sebeplerinin bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Kararda: “... Yerel yönetim organlarında meydana gelebilecek boşalmaların nasıl doldurulacağı konusu Anayasa'da bir esasa bağlanmadığından sorunun 127. maddede öngörülen yerinden yönetim ilkesine göre çözümlenmesi gerekecektir. Yerinden yönetim ilkesinde esas, halkın katılımının sağlanması olduğundan bunun doğal sonucu, organlardaki boşalmanın zaman geçirilmeden doldurulmasıdır. İncelenmekte olan kural bunu engellemekle yerinden yönetim ilkesine bir sınır getirmiş olmaktadır. Böyle bir sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi dışındaki bir nedene dayanarak yapılabilmesi olanaksızdır. 13. maddedeki nedenlerden kamu yararı dışında kalanların konuya uygulanabilirliği söz konusu değildir. Ancak genel seçimlere bir yıl kala yerel ara seçiminin yasaklanmasında yerel yönetimlerin özelliği göz önünde bulundurulacak olursa, kamu yararı değil, tersine zararı bulunduğu kolayca anlaşılır. Bu bakımdan, getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 127., 67. ve 13. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır...”

Bir diğer kararda ise amaçla orantılılık ölçütüne de yer verilmiş, siyasi partilerin seçime katılabilmeleri için ülke genelinde örgütlenme

kaydı Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Kararda 13. maddeye aykırılık şu sözlerle ifade edilmektedir: "... Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır..."

Bir siyasi partinin seçimlere katılmasını güçleştirmek ya da engellemek seçilme hakkının özüne zarar verir. 8. maddenin getirdiği sınırlama, amacı aşarak, seçme hakkının kullanılmasını demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde zorlaştırdığından Anayasa'nın 13. ve 67. maddelerine aykırıdır... Seçme ve seçilme hakkının kullanılmasını engelleyici boyuttaki sınırlamalar ise amaçla bağdaşmaz..."¹⁵

Belediye Gelirleri Kanunundaki, katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerektiğini, ifade eden hükmün, hak arama özgürlüğünü Anayasa'ya aykırı olarak sınırlayıp sınırlamadığı sorununun çözümlerken: Anayasa Mahkemesi, söz konusu madde hükmünün hak arama hürriyetini ortadan kaldırmadığı; Sınırlamanın kamu yararını korumak endişesine dayandığı ve eşitlik ilkesine aykırılık taşımadığı gerekçesiyle, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶

23.5.1987 günlü 3332 sayılı "Sermaye Piyasasının Teşviki Sanayinin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (C) bendinin son cümlesini oluşturan "... Bu hususta şirket genel kurulu kararı aleyhine toplantı ve karar nisabı gibi usuli işlemler hariç iptal davası açılmaz" hükmü: "... Dava konusu bendin son cümlesi ile getirilen sınırlama burada (Anayasa'nın 13. maddesinde) sayılan sınırlama nedenlerine dayalı olmayıp hak arama hürriyetini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak ortadan kaldırmıştır..." gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.¹⁷

Türk Ceza Kanunu'nun 403. maddesinin son fıkrasında yer alan "Birinci, ikinci bentlerle beşinci, altıncı ve yedinci bentlerin idam cezası tertip veya bu cezalar yerine başka bir ceza tayin olunduğu hallerde failin bircümle menkul ve gayrimenkul mallarının müsaderesine dahi hükümlenir." hükmü sınırlandırmanın ötesinde, bir hakkı ortadan kaldırdığı, modern ceza hukukundaki gelişmeyle çelişkiye düştüğü gerekçesiyle, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz nitelikte bulunmuştur. Karara göre: "Anayasa'nın herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınır-

¹⁵ E.1986/7, K.1987/11, T.25/5/1987, RG.18/9/1987, 19578

¹⁶ E.1986/19, K.1987/31, T.24/11/1987, RG.29/3/1988, 19769.

¹⁷ E.1987/11, K.1988/2, T.21/1/1988, RG.29/3/1988, 19769.

lanabileceğini öngören sözü edilen kuralı karşısında kişinin tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el konulması sonucunu doğuran düzenlemenin Anayasa ile uyum içinde bulunduğu söylenemez. Zira burada bir hakkın sınırlandırılması değil tümüyle ortadan kaldırılması söz konusudur. Amacı suçları önlemek olan cezanın kamu yararı düşüncesine dayandığı bir gerçektir. Ancak bu düşünceyle de olsa Anayasayla güvence altına alınmış bir temel hakkın ortadan kaldırılamayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Şu halde, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sadece sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır. Bu maddede, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz" denilerek sınırlandırmanın ölçüsü de konulmuştur. İtiraz konusu genel müsadere cezası, sınırlandırmayı aşan, hakkı ortadan kaldıran niteliği ile bu ölçünün dışına taşıdığı gibi, modern ceza hukukundaki gelişmeyle de çelişki yaratmaktadır. Bu durumun demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur."¹⁸

İnceleyebildiğimiz kadarıyla, Anayasa Mahkemesi; temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusunu en ayrıntılı ve ilke kararı olmak niteliği taşıyabilecek şekilde, 1987/16 esas numaralı kararında incelemiştir. Kararda Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum anlayışı ortaya konmaktadır. Ayrıca "öz" kriteri bu kararda da kullanılmıştır.¹⁹

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Temel hak ve özgürlüklerin soyut kavramlar olmaktan çıkarılıp yaşama geçirilmesi, kullanılabilir duruma getirilerek kişi yönünden uygulama değeri taşıması için sınırlarının belirlenmesi, kullanma yol ve yöntemlerinin açıklanması gerekir. Anayasa Koyucu, Anayasa'nın 13. maddesiyle, temel hak ve özgürlüklerin gerektiğinde ne tür tasarruflarla, hangi nedenlerle ve nasıl sınırlanacağını ölçülerin neler olduğunu göstermiştir. Sınırlama, ancak maddede belirtilen nedenlerin varlığıyla, Anayasa'nın ilgili öbür maddelerindeki özel neden-

¹⁸ E.1987/28, K.1988/16, T.3/6/1988, RG.20/8/1988, 19905.

¹⁹ E.1987/16, K.1988/8, T.19/4/1988, RG.23/8/1988.

Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen, 3359 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu" nun 3. maddesinin h bendi, şu şekildeydi:

"h) Katılmakla yükümlü olduğu hizmetiçi eğitim programlarına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeline, kamu kuruluşunda çalışanlar için ilgili Bakanlığın, serbest çalışanlar için kayıtlı olduğu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşü alınmak suretiyle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca geçici veya daimi meslekten uzaklaştırma cezası verilir. Katılmakla yükümlü olduğu hizmetiçi eğitim programına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan yardımcı sağlık personelinin meslekten geçici veya daimi uzaklaştırma cezası doğrudan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca verilir."

lerle Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasa ile yapılabilecek, yapılan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılamayacaktır. Demokrasiler, temel hak ve özgürüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvencelere bağlanarak özenle korunduğu rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürüklerin yalnızca ne ölçüde sınırlandığı değil, sınırlamanın nedenleri, yöntemi, bu konudaki yargısal denetim olanakları "demokratik toplum düzeni" kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürükler, ancak, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde istisnai olarak, sınırlanabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır.

İncelenen bend, Anayasa'nın 56. maddesinin devlete verdiği görevin yerine getirilmesini sağlarken, genel sağlığın korunması amacıyla da olsa "temel haklar ve ödevler" kapsamında düzenlenen "çalışma özgürlüğü"ne sınır getirmektedir. Böylece bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakinçali sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetim görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez. Bendde açıklanan, meslekten geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarından hangisinin, hangi durumda verileceğine ilişkin bir belirtme yoktur. Uygulama durumları, yönetimin, bakanlığın takdirine bırakılmış, böylece çalışma özgürlüğüne getirilecek sınırın içeriğinin saptanması yasa yerine yönetimce düzenleme sonucunu getirmiştir. Bu çelişki, Anayasa'nın 13. maddesine açık aykırılıktır. Öte yandan, başarısızlık durumunda hiç bir düzeltme: giderme olanağının tanınmaması öngörülen genel sağlığı koruma amacı ile çalışma özgürlüğüne konulan sınır arasında büyük bir ölçüsüzlük yaratmakta, yönetimin takdiri ile meslekten süresiz uzaklaştırma cezası özgürlüğünün özüne dokunmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı koşullara uyulmamıştır.

Yukarıda ele alınan kararlar ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında sınırlamanın sınırı olarak "demokratik toplum gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerini nasıl anladığı şu şekilde özetlenebilir:

Yüksek Mahkeme, önceleri, bu kavramları tanımlamak yerine, önüne gelen somut olaylarda demokratik toplum düzeninin gereklerine ya da ölçülülük ilkesine aykırılıp olup olmadığını denetlemiştir.

Ancak, Yüksek Mahkeme, bu iki ölçütün yanısıra, 1961 Anayasası'n-

daki "öze dokunmama" kıstasına da kararlarında yer vermeye başlamıştır. Son zamanlara doğru, Anayasa Mahkemesi'nin 1982 ve 1961 Anayasası'ndaki ölçütlerin mükemmel bir sentezini gerçekleştirdiğini görüyoruz.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmasını demokratik toplum gereklerine aykırı bulmakta; temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan bir sınırlamayı sınırlamanın amacıyla orantılı görmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı çözümün yerinde olduğunu ve içtihadının bu yolda süreklilik arzemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Böylelikle, 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde yer alan "öze dokunmama" kıstası, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla 1982 Anayasası döneminde de varlığını sürdürecektir.²⁰

Bir temel hak ve hürriyetin özünün ne olduğu konusu, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, bir çok hukukçu tarafından incelenmiştir.²¹ Bu sebeple burada, Anayasa Mahkemesi'nin hak ve hürriyetin özü anlayışına işaret etmekle yetinilecektir.

Yüksek Mahkeme'ye göre: "Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümler, o hak ve hürriyetin özüne dokunur."²²

²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin öze dokunma ölçütünü kullandığı son karar için Bkz., E.1988/34, K.1989/26, T.21/6/1989, RG.5/12/1989, 20363.

²¹ Örneğin, Bkz., T.Z. Tunaya, *Siyasal Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1975, s. 306., M. Soysal, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, İstanbul, 1979, s. 144., S. Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, İstanbul, 1982, s. 186., O. Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1978, s. 198., F. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, 1982.

²² B. Çağlar, *Anayasa Bilimi*, İstanbul, 1989, s. 160.