

# EKİM 2001 TARİHİNDE YAPILAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SONRASINDA DÜZENLENDİKLERİ MADDEDE HİÇBİR SINIRLAMA NEDENİNE YER VERİLMEMİŞ OLAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRI SORUNU

Mehmet SAĞLAM\*

## I. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'nin 40. Kuruluş Yıldönümü etkinlikleri çerçevesinde gerçekleştirilen bu Sempozyumun ana konusunu, henüz sıcaklığını koruyan Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliklerinin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etki ve yansımaları oluşturmaktadır. 1982 Anayasasının 20 yıllık uygulanma süreci içinde yapılanların en kapsamlısı olma özelliğini taşıyan bu değişikliklerin % 85'e varan yüksek bir oranı temel hak ve özgürlüklere, özellikle de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusuna ilişkindir. Böylesine önemli bir konunun tarihsel ve güncel boyutunu ortaya koyabilmek için insan haklarının doğuşu, gelişimi ve sınırlandırılmasıyla ilgili olarak satırbaşlarıyla bazı hatırlatmalar yapılmasında yarar görülmüştür.

İnsan hakları<sup>1</sup> ve bu hakların devlete (siyasal otoriteye) karşı korunması insanlık tarihinin günümüze kadar uzanan en çetrefil sorunlarından birisini oluşturmuştur. İnsanların, çeşitli ihtiyaçların zorlaması sonucu örgütlenmiş toplumsal yaşama geçmeleri, bu örgütün (devletin) kamusal düzen ve otoriteyi sağlamak için zorlayıcılık içeren çeşitli yetkilerle donatılmasını gerektirmiş, bu da doğal olarak toplumda yaşayan insanların haklarında sınırlamalara yol açmıştır. Bu durum, insanları, hem güç ve otorite sahibi bir devlet düzeni içinde yaşamalarını, hem de sahip oldukları haklarını özgürce kullanabilmelerini sağlayacak -deyim yerindeyse- bir orta yol arayışına yöneltmiştir.

---

\*Hakim/Anayasa Mahkemesi Raportörü

<sup>1</sup> *İnsan hakları* kavramı, teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal bir haklar listesini ifade eder. *Kamu hürriyetleri* ise bu ideal haklar listesinin devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü oluşturur. Kamu hürriyetleri kavramı yerine bu gün yaygın olarak *temel haklar* kavramı kullanılmaktadır (KAPANLI, Münci: Kamu Hürriyetleri, 6. Baskı, Ankara 1981, sh. 13,14). *Kamu hakları* kavramının kullanıldığı 1924 Anayasasından farklı olarak 1961 ve 1982 T.C. Anayasalarında *temel hak ve özgürlükler* kavramı kullanılmıştır. Biz de tebliğimizin Giriş kısmı dışında temel hak ve özgürlükler kavramını kullanacağız.

İnsan hakları doktrininin Eskiçağa dayanan en eski felsefi kaynağı olarak, insana devlet dışında ilk defa manevi bir değer tanıyan ve bütün insanlar arasında eşitlik ve kardeşlik fikirlerini yaymaya çalışan *Stoacı Felsefe* gösterilir. Ortaçağda, Feodalitenin yıkılarak merkezi devletin parçalanması ve Hıristiyanlığın etkisiyle, devletin mutlak ve sınırsız bir iktidar olduğu fikrinden uzaklaşmış, insanın toplum içinde basit bir araç değil, başlı başına bir amaç olduğu kabul edilmiştir. Ortaçağ feodalitesinin yıkılması sonrasında kurulan krallıklar (Mutlak Monarşiler) döneminde, kaynağını Tanrıdan alan ve paylaşma kabul etmeyen mutlak ve merkezîyetçi iktidar anlayışı yeniden ortaya çıkmıştır. Bu dönemde *Bodin* ve *Bossuet*'in, hükümdar egemenliğini Tanrı iradesinden kaynaklanan ilahi (Tabii) hukukla sınırlama çabalarına rastlanır.

İnsanın sırf insan olmak sıfatıyla doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devletin bunlara hiçbir zaman dokunamayacağı anlayışına dayalı siyasal nitelikli insan hakları doktrini ancak 17. ve 18. Yüzyıllarda doğabilmiştir. Bu doktrinin temelini *Locke* ve *Rousseau* tarafından geliştirilen tabii hukuk anlayışına dayalı meşhur *Tabiat Hali* ve *Toplumsal Sözleşme* kuramı oluşturur. Buradaki tabii hukuk anlayışı Ortaçağın tabii hukukundan farklı olarak dinsel (ilahi) esasa değil laik esasa dayanır. Toplumsal Sözleşme kuramına göre, insanlar toplum haline geçmeden önce yaşadıkları tabiat halinde tam ve mutlak bir özgürlüğe sahiptiler. Daha sonra aralarında bir sözleşme imzalayarak siyasal topluluğu meydana getirdiler. Bu topluluğun kurulabilmesi ve yaşayabilmesi için de bir kısım özgürlüklerinden topluluk lehine feragat ettiler. Ancak, bunu yaparken hak ve özgürlüklerinin önemli olanlarını muhafaza ettiler. Bu anlayışa göre insanlar, devletten önce ve devletin hukukundan üstün bir takım *tabii haklara* sahiptirler. Devlet, bu haklarla bağılıdır ve bu haklara saygı göstermek zorundadır.

İnsanlık tarihi açısından yeni bir çığırın başlangıcı olarak kabul edilen Toplumsal Sözleşme kuramı aklın kabul edemeyeceği bir varsayımdan ibaret olması nedeniyle rasyonel düşünce tarafından reddedilmiştir. Çünkü, sözleşme toplu halde yaşamının ürünü olan bir kavramdır. Toplumdan çıkan bir şeyin toplumu oluşturması mantıken izahsız kalır. Yine, haklar ancak sosyal ilişkilerde söz konusu olabilen, diğer insanlara karşı ileri sürülebilen iddia ve istekleri kapsar. Tek tek insanların hakları diye bir şey olamaz.

Rasyonel düşünce tarafından reddedilen Toplumsal Sözleşme kuramının yerini Fransız İhtilalinden sonra geliştirilen *Ferdiyette*

*Doktrin* almıştır. Bu doktrinin temelini hipotezler değil doğrudan insan, insan cevheri oluşturmaktadır. Buna göre hakkın ve hukukun yegane kaynağı, hür, irade sahibi ve sorumlu bir varlık olan insandır. İnsanlar tarafından oluşturulan toplulukların, kurumların ve bu arada devletin kendilerine özgü varlıkları ve hakları yoktur. Bunlar fiktif (farazi) müesseselerdir. Siyasal toplulukların amacı insandır. Devletler insanlar için, insanların ortak çıkarlarını sağlamak için kurulmuştur. Her ferdin en başta gelen menfaati ve hakkı kendi maddi ve manevi varlığını yeteneklerine göre geliştirebilmektir. Bunu sağlamanın en iyi yolu ise, -başkalarının haklarına dokunmamak ve sorumluluğu kendine ait olmak üzere- ferde özgürce hareket etme olanağının sağlanmasıdır. Ferde tanınan hak ve hürriyetler, kişinin kendisini geliştirmesi amacıyla yöneliktir. Siyasal sistem (devlet) bu hak ve özgürlüklere saygı göstermezse temel görevini yerine getirmemiş ve varlık nedenini yitirmiş olur<sup>2</sup>.

İnsan haklarının devlet gücüne karşı korunması gereğine bir temel oluşturmaya yönelik bu arayışlar, sorunun -bugün için daha çok tarihsel nitelik taşıyan- önemli bir yönünü oluşturmakla birlikte, bu hakların çerçevelerinin ve sınırlarının ne olacağı, nasıl kullanılacakları gibi konular sorunun günümüze taşın ve güncelliğini koruyan önemli boyutlarını oluşturmaktadır.

Sosyal bir çevrede yaşayan insanların sahip oldukları hakların mutlak ve sınırsız olamayacakları, sınırsız bir özgürlüğün anarşiden başka bir anlam taşıyamayacağı bugün için fazla tartışılmayan bir gerçeklik olarak kabul edilmektedir. Esasen hak ve özgürlüklerin gerektiği şekilde kullanılabilmesi de, kargaşa ve huzursuzluktan uzak, kamu düzeninin sağlanmış olduğu bir devletin varlığını zorunlu kılmaktadır. Böyle bir devlet düzeninin oluşturulabilmesi de insan haklarının belirli ölçülerde sınırlanmasını gerektirmektedir. İşte insan haklarının bir yandan siyasi otoriteye karşı korunması gereği, diğer yandan toplumsal düzenin sağlanması için sınırlamalara tabi tutulması zorunluluğu günümüz çağdaş anayasalarının en temel ve de çözümlenmesi en zor sorunlarından birisini oluşturmaktadır. 1982 Anayasasında 21. yüzyılın hemen başında gerçekleştirilen geniş çaplı bu değişikliklerin büyük bir bölümünün temel hak ve özgürlükler ile bunların sınırlandırılmasına ilişkin olması da konunun ülkemiz açısından önemini ve güncelliğini ortaya koyan somut bir örnek oluşturmaktadır.

---

<sup>2</sup> KAPANİ, M.: age, sh.17 vd.

Sempozyumda sunulacak çok değerli bildirilerin ve yapılacak tartışmaların Türk Anayasa Hukukuna bu açıdan önemli katkılar sağlayacağına kuşku bulunmamaktadır.

Tebliğimizin esas konusu düzenledikleri maddede her hangi bir sınırlandırma nedeni öngörülmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorununa ilişkindir. Ancak, gerek böyle bir sorunun varlığına ulaşılabilmesi, gerekse bu soruna yönelik çözüm arayışları, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yöntemleri ve -Cumhuriyet dönemiyle sınırlı da olsa- Anayasalarımızın bu konudaki temel anlayış ve rejimleri hakkında bazı genel değerlendirme ve açıklamaların yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

## II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ SINIRLAMA YÖNTEMLERİ

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başlıca iki yöntemin uygulandığını görmekteyiz. Bunlardan birincisini Anayasanın doğrudan kendisi tarafından getirilen sınırlandırmalar, ikincisini ise kanun koyucunun takdirine bırakılan sınırlandırmalar oluşturmaktadır. Bu iki yöntemin uygulanmasını ve farklı yönlerini kısaca görelim.

### A. Anayasal Sınırlamalar (Yasaklamalar)

Bir temel hak veya özgürlüğün Yasama organının takdirine bırakılmadan doğrudan Anayasanın kendisi tarafından sınırlandırılması durumunda Anayasal sınırlamadan ya da Anayasal yasaklamadan<sup>3</sup> söz edilir. Çok maddeli ve detaylı hükümler içeren özellikle tepki anayasalarında Anayasal sınırlamalara daha çok yer verildiği bilinen bir gerçektir. Bir tepki Anayasası olan 1982 Anayasası da -özgün haline göre şu an için biraz azaltılmış olmakla birlikte- bir çok konuda sınırlamalar içermektedir.

1982 Anayasasında yer alan sınırlamalara bakıldığında bunların bir kısmının soyut (genel) nitelikli, bir kısmının ise kimi konuları doğrudan düzenleyici şekilde somut nitelikli sınırlamalar olduğu görülür. Anayasada yer alan genel (soyut) nitelikli sınırlamalara örnek olarak; temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağını düzenleyen 14. maddesini, kamu kurumu

---

<sup>3</sup> YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, sh. 214 vd.

niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyet ve çalışmalarına sınırlamalar getiren 135. maddesini göstermek mümkündür. Anayasada yer alan özel (somut) sınırlamalar ise doğrudan uygulanabilecek kadar açık ve somut konulara ilişkin bulunmaktadır. Örneğin, seçme ve seçilme hakkına ilişkin 67. madde, siyasi partilerin uyacakları esasları belirleyen 69. madde, grev ve lokavt hakkına ilişkin 54. madde, idari yargı yoluna kısıtlamalar getiren 125/2. ve 159/4 maddeler doğrudan uygulanabilir nitelikte somut yasaklar içermektedir.

Soyut yasakların kanun koyucu tarafından somutlaştırılmadıkça idare ve yargı organları tarafından uygulanmaları mümkün değildir. Buna karşılık somut yasakların -ceza yargısı dışında- doğrudan uygulanması mümkündür. Anayasadaki bir yasaklama hükmünün ceza yargısında uygulanabilmesi için suç ve cezaların yasallığı ilkesi gereği yasaklanan davranışın yaptırımının da belirlenmesi zorunludur. Ancak, siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen 69. maddede olduğu gibi yasağın müeyyidesi de gösterilmişse (kapatma kararına bağlı yasaklılıklar) bu tür hükümlerin ceza yargısında da doğrudan uygulanması mümkün bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Anayasada yer alan, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkının “silahsız ve saldırısız” tanınması (m. 34), hak aramanın “meşru vasıta ve yollardan” faydalanmayla sınırlandırılması (m. 36), düzeltme ve cevap hakkının “kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması” halinde tanınması (m. 32), temel hakların kötüye kullanılmasının yasaklanması (m. 14) gibi (bazısı bir yönüyle güvence niteliği de taşıyan) kimi sınırlamalara Anayasada yer verilmesinin gereksiz olduğu ifade edilmekte ve bu tür yasaklamalara Anayasada yer verilmese bile, ilgili hakların doğası ve içeriği gereği ya da hukukun genel ilkeleri uyarınca aksi kullanım biçimlerinin Anayasa karşısında yine korunma göremeyeceğinin altı çizilmektedir<sup>5</sup>.

Anayasal sınırlamaların en belirgin özelliği, kanun koyucunun bu konularda aksi bir düzenleme yapma yetkisinin bulunmaması, öngörülen sınırlama ya da yasaklamalara uygun düzenleme yapmak

<sup>4</sup> YÜŞBAŞIOĞLU, N.: age, sh.217. Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarını tipik ceza davası niteliğinde değil “sui generis/*kendine özgü*” bir dava türü olarak kabul ettiğini parantez içinde belirtelim (AnMK, E.97/1(Siyasi parti kapatma). K. 98/1, AnMKD, S. 34., C.2, sh. 762, Dergi Basım Yılı 1999)

<sup>5</sup> ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Hukuku, Ankara 1995, sh.79. TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2000, sh.141.

ya da yaptırım getirmek zorunda olmasıdır. Bu özellikleri nedeniyle kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığı anayasal sınırlandırmalar teknik anlamda bir sınırlandırma sayılmazlar. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda; *“Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca temel bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan....Anayasa’nın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine anayasaca sınırlandırılması durumunda anayasa’nın 11. maddesinin uygulanma yeri olamaz”*<sup>6</sup> gerekçesine yer vererek, Anayasal sınırlamaların kanun koyucunun takdirine bağlı sınırlama nedenlerinden farklılığını ortaya koymuştur.

## B. Kanun Koyucunun Takdirine Bağlı Sınırlamalar

Teknik olarak sınırlama, belli bir hakkın anayasaca öngörölmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak idarece) dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahale şeklinde tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Sınırlama kavramı Anayasa Mahkemesince de benzer şekilde şöyle tanımlanmıştır; *“Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasakoyucu tarafından daraltılmasıdır...”*<sup>8</sup>. Kanun koyucunun takdirine bağlı bu sınırlamalar, sebebe bağlı olmayan basit yasa kayıtlı sınırlamalar ya da belli sebeplere bağlı olan nitelikli yasa kayıtlı sınırlamalar şeklinde iki türde düzenlenmektedir.

### 1. Basit Yasa Kayıtlı Sınırlamalar

Bu şekildeki sınırlama yönteminde, Anayasada bir temel hak ve özgürlük düzenledikten sonra her hangi bir sınırlama sebebi gösterilmeden bunun sınırlarının veya kullanılmasının kanunla düzenleneceği belirtmektedir. Bu tür basit yasa kayıtlı sınırlama yetkisi belli bir hak veya özgürlük için tanındığı gibi tüm hak ve özgürlükler için geçerli olacak şekilde de tanınabilmektedir.

<sup>6</sup> AnMK, E.69/31, K.71/3, AnMKD, S.9, sh.131 (Dergi Basım Yılı 1972).

<sup>7</sup> SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, sh.23. Yazar, temel haklara ilişkin her türlü hukuki sınırlamanın mutlaka düzenleme anlamı taşıdığını, buna karşılık, temel hakkı daha da güçlendiren, ona etkin bir içerik kazandıran ya da Anayasal sınırlarını somutlaştırmaktan ibaret kalan düzenlemelerin sınırlama olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir (age, sh.187 vd).

<sup>8</sup> AnMK, E.92/36, K.93/4, AnMKD, S.29, C.1, sh.209 (Dergi Basım Yılı 1994).

1982 Anayasasının 50. maddesinde, çalışanlara dinlenme hakkı tanınmış, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Vatandaşlık hakkının düzenlendiği 66. maddede, vatandaşlığın kanunun gösterdiği şartlarla kazanılacağı ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedileceği belirtilmiştir. 1961 Anayasasında hiç bir sınırlama kaydına yer verilmeyen dilekçe hakkı (m.62) 1982 Anayasasının 71. maddesinde basit yasa kayıtlı sınırlamaya tabi tutulmuştur. Bunun tam tersine 1961 Anayasasında basit yasa kayıtlı sınırlamaya tabi olan yurt dışına çıkma özgürlüğü (m.18) için 1982 Anayasasında, vatandaşlık ödevi (vergi borcu gibi), ceza soruşturması veya kovuşturması şeklinde nitelikli yasa kayıtlı sınırlama sebeplerine tabi tutulmuştur (m.23).

Anayasada bu şekilde belirli hak ve özgürlükler açısından yer verilen basit yasa kayıtlı sınırlamalara, olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali gibi olağanüstü yönetim usullerinin düzenlendiği 121. ve 122. maddelerinde tüm hak ve özgürlükleri kapsayacak şekilde yer verilmiştir<sup>9</sup>.

## **2. Nitelikli Yasa Kayıtlı Sınırlamalar**

Basit yasa kayıtlı sınırlamalarda kanun koyucunun sınırlama yetkisi için belli bir neden gösterilmediği halde nitelikli yasa kayıtlı sınırlamalarda kanun koyucunun sınırlama yaparken dayanılabileceği nedenler (kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık gibi) tek tek gösterilmektedir. Nitelikli yasa kayıtlı sınırlama nedenlerinin de iki şekilde düzenlendiği görülür. Birinci durumda, sınırlama nedenleri temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olacak şekilde genel bir maddede düzenlenirken, ikinci durumda, bu nedenler sadece hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri ilgili maddelerde gösterilmektedir.

### **a. Genel Sınırlama Nedenleri**

Anayasada yer verilen genel sınırlama nedenleri, temel hak ve özgürlüklerin tümü yönünden kullanılabilecek nedenlerdir. 1982 Anayasasının 13. maddesinin özgün halinde, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının,

<sup>9</sup> Anayasanın 122. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: "Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri, hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülükler kanunla düzenlenir".

genel ahlakın ve genel sağlığın korunması şeklinde dokuz ayrı genel sınırlama nedenine yer verilmiş ve maddede bu sınırlama nedenlerinin -ilgili özel maddelerde belirtilen sınırlama nedenlerine ilave olarak- temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir.

### **b. Özel Sınırlama Nedenleri**

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri ilgili maddelerde yer alan sınırlama nedenleri özel sınırlama nedenleri olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, 1982 Anayasasının 35. maddesinin ilk fıkrasında mülkiyet ve miras hakları güvence altına alınmış, ikinci fıkrasında ise bu hakların kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir.

Özel sınırlandırma nedenlerinin genel sınırlandırma nedenlerinden farklı tarafı, gösterilen sınırlandırma nedeninin sadece ilgili maddesinde düzenlenen hak ve özgürlük için geçerli olabilmesidir. Yoksa, özel sınırlandırma nedenlerinin nitelik bakımından genel sınırlama nedenlerinden farklı bir yönü bulunmamaktadır.

### **C. Sınırlama Nedenine Yer Verilmemesi**

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda görülen bir diğer durum da kimi hak ve özgürlükler için genel ya da özel hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemesidir. Örneğin, 1982 Anayasasında yapılan Ekim 2001 değişiklikler sonrasında, dava açma/savunma hakkı (m.36) ve sözleşme özgürlüğü (m.48) yönünden kanun koyucunun takdirine bağlı genel ya da özel hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiştir<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> 1961 Anayasasının 11. maddesini tüm hak ve özgürlüklere uygulanabilecek genel sınırlama hükmü olarak kabul etmemiş olan TANÖR, bu Anayasada yer alan, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, hak arama özgürlüğü, dilekçe hakkı gibi kimi hak ve özgürlükler için (özel) sınırlama nedeni gösterilmemiş olmasını bu tür hakların nitelikleri gereği, "konu" ya da "içerik" leri bakımından sınırlı olmamaları gerektiğine bağlamaktadır (TANÖR, Bülent: TCK. 142. madde, Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, İstanbul 1979, sh.42)



### III. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİKLERİ VE SINIRLANMASI REJİMİ BAKIMINDAN CUMHURİYET ANAYASALARIMIZ

Temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri ve sınırlandırılması bakımından Cumhuriyet Anayasalarımızın birbirlerine göre hayli farklı rejimlere sahip olduklarını görmekteyiz. Bu farklılığın temelinde, anayasalarımızın temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlayış ve felsefe farklılıklarının yanında tepki anayasacılığı geleneğinin de önemli bir rolü olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Şimdi bu rejimleri ve farklı yönlerini kaba hatlarıyla inceleyelim.

#### A. 1924 Anayasası

1924 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin niteliklerini ve sınırlarını belirleyen 68. maddesi şu şekildedir; "(1)Her Türk hür doğar, hür yaşar.(2)Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır.(3)Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir"<sup>11</sup>.

1924 Anayasası, kaynağını tabii hukuka dayandırdığı özgürlüğü, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmek olarak tanımlamış ve özgürlüğün sınırını başkalarının özgürlüğünün sınırı olarak belirlemiştir. Ancak, bu sınırın kanun tarafından tayin ve tespit edileceğini öngörerek, özgürlük alanının belirlenmesini –ilgili maddelerdeki bazı güvence hükümleri dışında- tümüyle kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.

1924 Anayasasının bu özgürlük anlayışı, doğal hukuk düşüncesine dayanan sınırsız özgürlük anlayışıdır. İlke olarak her türlü hareket serbestisini içeren sınırsız özgürlük, toplumsal yaşam içinde yasalarla sınırlanır. Diğer bir deyişle yasaların müsaade ettiği ölçüde özgürlük vardır. Yasaların sınırlaması yoksa özgürlükler sınırsız hale gelir. Bu özgürlük anlayışı *yasalarla sınırlı özgürlük* şeklinde nitelendirilmektedir<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Maddenin daha anlaşılır olan Türkçe metni de şu şekildedir; "(1)Her Türk hür doğar, hür yaşar. (2)Hürriyet başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektedir.(3)Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırındır. Bu sınırı ancak kanun çizer" (Anayasalarımız, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2000, sh.49).

<sup>12</sup> SAĞLAM, F.: age, sh.129.

68. maddesiyle ancak kanunun tayin ve tespit ettiği ölçüde özgürlük tanımış olan 1924 Anayasasının, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen özel maddelerinde de aynı anlayış tekrar edilmiş ve - öngörülen kimi güvencelerin dışında- ilgili hak ve özgürlüklerin sınırının kanun tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Örneğin, birçok temel hakkın bir arada düzenlendiği 79. maddede şu hükme yer verilmiştir; “*Bağıtların (sözleşmelerin), çalışmaların, mülk edinme ve hak ve mal kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunlarla çizilir*”. Görüldüğu gibi sözleşme özgürlüğünden, mülkiyet hakkına, toplanma özgürlüğünden dernek kurma hakkına kadar çok önemli özgürlükleri düzenleyen bu madde, söz konusu özgürlüklerin sınırını belirleme yetkisini -her hangi bir anayasal güvence öngörmeden- kanun koyucunun insaf ve takdirine bırakmış durumdadır. Bu anlayışıyla 1924 Anayasasının temel hak ve özgürlükleri devlet gücü (siyasi otorite) karşısında güvence altına aldığını söyleme olanağı bulunmamaktadır.

## B. 1961 Anayasası

1961 Anayasasının “Temel hak ve özgürlüklerin niteliği ve korunması” başlığını taşıyan 10. maddesinde; “(1)*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*(2)*Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın genel gerekçesinde de; kişi haklarının Anayasa tarihimizde uzun bir gelişmenin ulaştığı bir merhalenin ifadesi olduğu, bu tasarıda, genel mahiyetiyle, kişi haklarının iktidarı sınırlayıcı bir demokratik prensip olarak yer aldığı, siyasi iktidar karşısında ferdin serbest kalacağı ve siyasi iktidarın müdahale edemeyeceği maddi ve manevi alanların bugün artık tartışılması bile mümkün olmayan bir gerçek olduğu ifade edilmiştir<sup>13</sup>.

1961 Anayasasının bu hükmüyle, 1924 Anayasasının doğal hukuka dayanan sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışı terkedilmiş, hak ve özgürlükler, toplumsal ilişkiler içinde belli yaşam kesitlerine güvenceler getiren pozitif alanlar olarak koruma altına alınmıştır. Özgürlüklere belli içeriğe sahip pozitif bir anlam yükleyen bu anlayış, özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi yönünden de önemli bir değişikliği beraberinde getirmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin kişiliğe

<sup>13</sup> Anayasalarımız, age, sh. 71.

bağlı nitelikleri ve devletin bu özgürlükler karşısındaki konumu, 1924 Anayasasının yasalarla sınırlı özgürlük anlayışından, *yasaları sınırlayan temel hak normları* anlayışına geçişi sağlamıştır<sup>14</sup>. Bu geçişle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanun koyucunun sınırsız takdir yetkisi kaldırılarak, bu yetkinin ancak belli sebeplere dayalı şekilde kullanılmasına izin verilmiş, bunun da ötesinde sınırlama yetkisine de önemli sınırlamalar getirilmiştir<sup>15</sup>.

1961 Anayasasının "Temel hakların özü" başlıklı 11. maddesinin ilk (özgün) metni şu şekildedir; "(1)Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.(2)Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz". Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen bu genel hükmün yanında, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği özel maddelerde de, kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık gibi özel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir.

20.9.1971 günlü, 1488 tarihli Kanunla 11. maddenin başlığı, "Temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlandırılması ve kötüye kullanılmaması" şeklinde değiştirilmiş, maddenin 1. fıkrası da şu şekilde yeniden düzenlenmiştir; "*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzenininin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir*".

1961 Anayasasının 11. maddesinin gerek özgün halinin gerekse 1971 değişikliğinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından kanun koyucuya genel bir sınırlama yetkisi verip vermediği konusu doktrinde uzun tartışmalara neden olmuş, leh ve aleyhte görüşler ortaya atılmıştır<sup>16</sup>. Anayasa Mahkemesi değişiklik öncesine ilişkin kararlarının çoğunda değişiklik sonrası kararlarının

<sup>14</sup> SAĞLAM, F.: age, sh. 129.

<sup>15</sup> 1961 Anayasasının genel gerekçesinde bu konuda şu ifadeler yer verilmiştir; "...Tasarının özelliklerinden birisi siyasi iktidarın sınırı olan kişi hak ve hürriyetlerinin kendi sınırlarının tayini, kanun koyucunun mutlak olarak takdirine bırakılmamıştır. kanun koyucunun, hürriyetlerin tanziminin sınırını esas itibarıyla anayasanın kendisi tayin etmiştir. Anayasa bir yandan geniş bir kişi hak ve hürriyetleri listesi tanzim etmiş, bir yandan da kanun koyucunun bunları, hangi ahvalde, hangi mülahazalarla ne ölçüde sınırlayabileceğine işaret etmiştir...." (Anayasalarımız, age, sh. 71).

<sup>16</sup> Konumuzun sınırlarını aşması nedeniyle değinemeyeceğimiz bu görüşler hakkında bkz: YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.210 vd.; SAĞLAM, F.: age, sh.62 vd. (SAĞLAM'ın biraz farklı olan bu konudaki görüşüne dipnot 47'de değinilecektir).

ise tamamında<sup>17</sup>, 11. maddede yer alan nedenleri temel hak ve özgürlüklerin tümü için uygulanabilecek genel sınırlama nedenleri olarak kabul etmiş ve uygulamıştır.

## C. 1982 Anayasası

### 1. Özgün Hali

Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlığını taşıyan 12. maddesinde; *“(1)Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.(2)Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”,* kuralına yer verilmiş, niteliği bu şekilde açıklanan temel hak ve özgürlükler karşısında Devletin konumu da 5. maddede şu şekilde belirtilmiştir; *“Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”.*

1982 Anayasası, 5. ve 12. maddelerindeki bu düzenlemeleriyle temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri açısından 1961 Anayasasının pozitif anlayış ve felsefesini benimsemiş, ancak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda hayli daraltıcı bir eğilime girmiştir.

1982 Anayasasının “Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması başlıklı” 13. maddesinin özgün hali şu şekildedir; *“(1)Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.(2)Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüdükleri amaç dışında kullanılamazlar.(3)Bu maddede yer*

<sup>17</sup> Bu kararları gösteren geniş liste için bkz: SAĞLAM, F.: age, sh.63-71; YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.211.

*alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.*

Bu hükümlerle, dokuz başlık halinde sayılan sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için uygulanabileceği açıkça belirtilerek, 1961 Anayasası döneminde yaşanan tartışmalara son verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin, 13. maddenin bu haliyle uygulamada kaldığı yaklaşık 20 yıllık süre içindeki uygulaması da, bu maddede belirtilen sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu şeklinde olmuştur<sup>18</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda 13. maddenin getirdiği bu katmerli sınırlama rejimi nedeniyle 1982 Anayasası, özgürlükler rejimi açısından bilimsel incelemeye konu olabilecek bir metin olma özelliği dahi taşımadığı noktasına varan eleştirilere muhatap olmuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde karşılığı bulunmayan 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin Sözleşmeye aykırı olduğu konusunda Avrupa Konseyi'ne raporlar sunulmuştur<sup>19</sup>.

## **2. Ekim 2001 Değişiklikleri Sonrası**

1982 Anayasasının, zamanla ortaya çıkan siyasi açılımlara bağlı değiştirilme ihtiyacı ve Avrupa Birliğine tam üye olma sürecinde Birliğe verilen ekonomik ve siyasi kriterlerin yerine getirilmesine dönük taahhütler kapsamında çıkarılan<sup>20</sup> Anayasa değişikliğine ilişkin 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanunla, Anayasasının temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama rejimi kökten değiştirilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi paralelinde yeniden düzenlenmiştir.

<sup>18</sup> "Bütün hak ve özgürlükler için geçerli, "genel nitelikte" olan sınırlama nedenleri Anayasasının 13. maddesinde yer almaktadır. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada belli bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına haklı gerekçe teşkil eder" (AnMK, E.85/8, K.86/27, AnMKD, S.22, sh. 323, Dergi Basım Yılı 1987). Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasında (m.31) olduğu gibi 1982 Anayasasında da düzenlendiği maddede (m36) hiçbir özel sınırlama nedeni gösterilmemiş olan dava açma/savunma hakkının da 13. maddedeki genel sınırlama nedenleriyle sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir: "Sav ve savunma hakkı , birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Yaşam hakkına işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle hak arama özgürlüğü, yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı giderme uğraşının da aracıdır. Ancak, Anayasa bu özgürlüğün de öteki haklar ve özgürlükler gibi 13. maddede sayılan nedenlerle ve koşullarla sınırlandırılmasına olanak vermektedir" (AnMK, E.99/7, K.99/31; AnMKD, S.36, C.2, sh.552; Dergi Basım Yılı 2001); "Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü konusunda özel bir sınırlandırma öngörülmemiştir. 13. maddesinde öngördüğü genel sınırlama nedenleri, hak arama özgürlüğü için de geçerlidir"(AnMK, E.91/18, K.92/20, AnMKD, S.28, C.1, sh.232, Dergi Basım Yılı 1993).

<sup>19</sup> TANÖR, Bülent: Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, sh.333-334.

<sup>20</sup> 4709 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 3, C.70, 131. (Olağanüstü) Birleşim.

Anayasanın 13. maddesini değiştiren 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi şu şekildedir: “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 13 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*”

*Madde 13.-Temel hak ve hürriyetler, özlerrine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözlüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçürlük ilkesine aykırı olamaz”.*

Maddenin açık ifadesinde de görüldüğü gibi artık temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kendi düzenlendikleri maddede öngörülen sınırlama nedenleriyle sınırlanabilmesi mümkün olabilecek, bunların dışında genel bir sınırlama nedenine dayanılması söz konusu olamayacaktır.

Yapılan değişikliklerle, Anayasanın 13. maddesi sınırlama rejimi bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun hale getirilmiş durumdadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin sınırlama rejiminde, sözleşmede güvence altına alınan hakların sınırlanmasına olanak veren genel (torba) bir sınırlama nedenine yer verilmemiş, sınırlanmasına cevaz verilen her bir hak ve özgürlüğün ilgili maddesinde kendine özgü nitelikleri ve özellikleri göz önünde tutularak ne tür sebeplerle sınırlandırmaya gidilebileceğı tek tek belirtilmiştir<sup>21</sup>. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşmenin bu konudaki sistemini De Becker kararında (27.3.1962) şöyle açıklamıştır; “*Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilave etmekten ibarettir*”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.217.

<sup>22</sup> TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2000, sh. 137’den naklen. GÖZLER ise Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasını eleştirmekte ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin de genel sınırlama nedenlerine yabancı olmadığını ileri sürerek bu konuda Sözleşmenin 8. maddesinde sayılan, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ahlakın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlükleri gibi sınırlama nedenlerini örnek göstermektedir (GÖZLER, Kemal: Anayasa Değişikliği Gerekli mi? Bursa 2001, sh. 10-11). Ancak, Sözleşmenin örnek verilen 8. maddesi incelendiği zaman söz konusu sınırlama nedenlerinin sadece bu maddede tanınan özel hayatın gizliliği, mesken dokunulmazlığı ve haberleşme hakkı yönünden başvurulabileceğı anlaşılmaktadır. Yoksa, buradaki sınırlama nedenlerine dayanarak örneğin, savunma hakkının kısıtlanması mümkün değildir. Dolayısıyla bu maddedeki sınırlandırma nedenlerini teknik anlamda bir genel sınırlandırma nedeni saymaya olanak bulunmadığından, değişiklik öncesi 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerinin Sözleşme sistemine uygun olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Anayasanın değişik 13. maddesine bakıldığında ilk göze çarpan husus, değişiklik öncesinin aksine sınırlama nedenlerinin ve olanaklarının değil, kanun koyucunun sınırlama yetkisine sınır getirilmesi esasına dayanan özgürlükçü bir anlayış tarzının hakim olduğudur. Madde, genel bir sınırlama maddesi olmaktan çıkarılmış, genel bir koruma maddesine dönüştürülmüştür<sup>23</sup>. Yapılan bu değişiklik sonrasında artık temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olabilecek, yasama organının takdirine bağlı genel bir sınırlama nedeninin kalmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu yargıya varırken Anayasanın daha önce zaman zaman bir genel sınırlama hükmü gibi yorumlanıp uygulanan 14. maddesi ile Başlangıç hükümlerinin bu yönden irdelenmesinde de yarar görülmüştür.

4709 sayılı Kanun değişikliği öncesi 14. madde insan hakları açısından çok eleştirilen bir hüküm olmuştur. Bu konuda ağır eleştirilerde bulunan TANÖR, şunları ifade etmiştir: “*Bu hükmün (14. maddenin) çekirdeği, 1971 değişiklikleriyle anayasaya konmuştu...Zamanın Başbakanı Nihat ERİM, bu hükmün kaynağı olarak AİHS m. 17’yi göstermekteydi. Bu günkü 14. Maddede yer alan ifadeler de bu çağrışımı uyandırmaktadır. Şu var ki, bu yanıltıcı bir izlenimdir. 14. maddenin, AİHS m. 17’den esinlenerek konulduğu iddiası temelsizdir. Bir kere AİHS m. 17, temel hak ve özgürlüklerin genel hükümlerle kademesiz ve istisnasız bir şekilde bir kalemde sınırlanabilmelerine izin veren bir kural koymuş değildir. Ayrıca burada insan hakları yalnız birey ve topluluklardan gelebilecek saldırılara karşı değil, devletlerin aşırılıklarına karşı da korunmuştur; maddenin girişindeki “bir devlete” sözcükleri bunu açıkça ortaya koyar. Öte yandan md. 17 “faaliyet” ya da “hareket”leri, yani eylemleri, kastederken, md. 14’e düşüncelerin açıklanmasını da sınırlamak ve cezalandırmak gibi bir işlev yüklenmek istenmiştir. Bu nedenlerledir ki, bu noktada da AİHS tersine çevrilerek kullanılmıştır. Avrupa Konseyi’ne sunulan bir raporda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 13 ve 14. Maddelerinin AİHS’de “karşılıklı bulunmayan” hükümler arasında gösterilmesi de bu sonucu doğrulamaktadır”<sup>24</sup>. Yazar, 14. maddenin, AİHS’nin 17. maddesindeki “eylem”den farklı olarak düşüncenin açıklamasını da sınırlamayı amaçladığı görüşünden*

<sup>23</sup> TÜLEN, Hikmet: 3.10.2001 Tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Erz.Huk.Fak.Der, C.V, S.1-4, sh.201.

<sup>24</sup> TANÖR, B.: age, sh..335,336.

hareketle 14. maddenin özellikle düşünce özgürlüğü bakımından 13. madde gibi genel bir sınırlama kuralı niteliği taşıdığını belirtmiştir.

Anayasanın 14. maddesinin (ve 1961 Anayasasının konuya paralel 11/3. maddesine ilişkin 1971 değişikliğinin), sevk gerekçesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmadıkları takdirde sınırsız kalacakları gibi bir yanılgıya dayalı olduğu, oysa hak ve özgürlüklere ilişkin hiç bir sınırlama getirilmese bile bunların kendi doğalarından ve niteliklerinden kaynaklanan sınırlarının bulunduğu, bir hakkın ancak kendi doğasından kaynaklanan sınırları içinde var olabileceği ve korunabileceği, bu objektif sınırları aşan bir hak ve özgürlüğün 14. madde olmasa bile korunma göremeyeceği, bu nedenle 14. maddedeki kısıtlamaları, temel hak ve özgürlüklerin koruma alanları (objektif sınırları) dışında kalan belli kullanım biçimlerini yasaklayan ya da hukuki disiplin altına almaya yönelik hükümler oldukları, yeni bir sınırlama nedeni taşımadıkları<sup>25</sup>, maddede yer alan yasakların, temel hak ve özgürlüklerin özgül kullanım biçimlerini de kapsadığına işaret edecek pozitif bir dayanak çıkarmanın mümkün olmadığı<sup>26</sup>, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamamasının hukukun genel ilkelerinden de çıkarılabileceği, bunun için Anayasa hükmü koymaya gerek bulunmadığı, yargı organlarının bunları saptamaya yetkili oldukları<sup>27</sup> ifade edilerek, 14. maddenin yasama organına genel bir sınırlama yetkisi tanımadığı vurgulanmak istenmiştir.

14. maddeye yönelik eleştirilerin temelinde özellikle eski 14. maddenin<sup>28</sup> eyleme dönüşmeyen teşvik/tahrik gibi durumlar yönünden de sınırlamalara temel oluşturabilecek şekilde düzenlenmesi ile madde içinde çok sayıda soyut kavrama yer verilmiş olması yatmaktadır. Bu eleştiriler ve görüşler ışığında Anayasanın 14. maddesinin değiştirilmiş şeklini<sup>29</sup> ele alırsak şunları söyleyebiliriz.

<sup>25</sup>YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.215,216; ÖZBUDUN, E.: age, sh.85,86.

<sup>26</sup> SAĞLAM, Fazıl: 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri SAVCI'ya Armağan, Ankara 1988, sh.439.

<sup>27</sup> TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU: age, sh.141.

<sup>28</sup> 14. maddenin değişiklik öncesi metni şu şekildedir, "(1)Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletleriyle 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 ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.(2)Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.(3)Anayasanın hiçbir hükmü, anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz".

<sup>29</sup> 14. maddenin 4709 sayılı Kanunla değiştirilmiş şekli ise şöyledir; "(1)Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletleriyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan



4709 sayılı Kanunla yapılan değişlikle 14. madde, düzenleme tekniği ve içeriği bakımından büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin konuya ilişkin 17. maddesine paralel hale getirilmiştir<sup>30</sup>. Madde değişliğinde dikkati çeken ilk husus, yasaklama içinde yer alan birçok soyut kavramın madde metninden çıkarılmış olmasıdır. İkincisi, madde, önceki metinde yer alan ve düşünceyi de kapsar şekilde yorumlanan, teşvik ve tahrik etme gibi ifadelerden arındırılmış, açık bir şekilde sadece faaliyetleri yasak kapsamına almıştır. Bir diğer önemli yenilik de, Anayasada tanınan temel hak ve hürriyetleri Anayasada belirtilenlerden daha geniş bir şekilde sınırlayamaması konusunda Devlete de yasaklama getirilmiş olmasıdır.

İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak Divan, 17. maddenin, kişi ya da kişi gruplarının sözleşmeden hür demokratik düzeni tahrip etmek amacıyla eylemde bulunmak hakkını çıkarmalarına engel oluşturduğunu belirterek, hiç kimsenin sözleşme hükümlerinden yararlanarak, sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlükleri tahrip edici eylemlerde bulunamayacağını kabul etmektedir. Ancak, yine Divana göre 17. maddenin varlığı Sözleşmenin 5. ve 6. Maddelerinde tanınan güvencelerin önemini hiç bir şekilde azaltmamaktadır. Çünkü, bu hükümler kişi ya da kişi gruplarının Sözleşmede öngörülen haklarına değil, kamu makamlarının onlara karşı görevlerine ilişkindir. Bu nedenle, totaliter amaçlarla hareket eden bir kişi dahi 17. madde gerekçe gösterilerek 5. ve 6. maddelerde öngörülen kişi güvenliği ve adil yargılanma haklarından mahrum edilemez. 17. madde, sınırlı bir kapsamda ve sadece akit devletlerin demokratik sistemlerini tahrip etmek isteyen kimselere ve o da ancak (Sözleşmenin 18.

---

*haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.(2)Anayasa hükümlerinden hiçbirini, Devlete veya kişilere anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.(3)Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir".*

<sup>30</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesi şu şekildedir: "Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlandırmaya yönelik bir faaliyete girişim ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz" (ÜNAL, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 1995, sh. 310). Maddeye ilişkin olarak GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK'ün daha anlaşılır şekildeki tercümesi de şöyledir; "Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz" (GÖLCÜKLÜ, Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 1998, sh.12).

maddesinde teyit edildiği üzere) tehlikenin devamı süresince uygulanır. Yoksa bu hüküm belirli bir zaman kesitinde totaliter amaçlarla hareket etmiş olan bir kişiyi, sürekli olarak özgürlüklerinden yoksun kılmanın bir aracı yapılamaz<sup>31</sup>. Görüldüğü gibi Sözleşmenin 17. maddesinin uygulanması çeşitli yönlerden sınırlayıcı kayıtlara tabi tutulmuş, kişi güvenliği ve hak arama/savunma haklarının bu madde gerekçe gösterilerek her hangi bir şekilde kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir.

Şu halde Sözleşmenin 17. maddesine paralel hale getirilen Anayasanın 14. maddesinin artık bir genel sınırlama maddesi gibi değerlendirilmesine olanak bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Maddeyi, hak ve özgürlüklerin olağan, objektif ve nesnel kullanım alanlarını daraltıcı bir sınırlama yetkisi içermeyen, sadece belirtilen yasak faaliyetlerin (özetle, temel hakları, ülkenin bölünmez bütünlüğünü, demokratik ve laik Cumhuriyeti yok etmeye yönelik kötüye kullanma fiillerinin) müeyyide altına alınmasını gerektiren bir direktif hükmü şeklinde değerlendirmek ve bu sınır içinde uygulamak doğru bir yaklaşım olacaktır. 14. madde değişikliğine ilişkin Meclis müzakerelerinde dile getirilen, bu değişikliklerin başlangıç hükümlerine ve 13 üncü maddeye paralel değişiklikler olduğu, burada düşünce özgürlüğünün değil eylemin sınırlanmasının söz konusu olduğu, 14. maddenin 1982 Anayasasında yer alan şekliyle amacı aşan gereksiz unsurlarla şişirilmiş olduğu ve uygulamada yeni bir sınırlama boyutu yarattığı, bir yerde başlangıç ve 13. maddeyle birlikte temel hak ve özgürlükler için üçlü bir kıskaç oluşturduğu, (yapılan değişiklikle) öngördüğü genel yasakçı çerçeveden ayrılarak amaca uygun bir şekilde sadeleştirildiği<sup>32</sup> şeklindeki görüşler de bu yorumu doğrular niteliktedir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında Anayasa'nın Başlangıç hükümlerinin rolüne de değinmek gerekmektedir. Doktrinde, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasanın Başlangıç hükümlerini hiç bir zaman bir ölçü norm şeklinde uygulamadığı halde 1982 Anayasası döneminde verdiği çeşitli kararlarda ölçü norm olarak uyguladığı veya kararın temel

<sup>31</sup> ÜNAL, Ş.: age, sh.310-312.; GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK: age, sh.362-364. YILDIZ, Mustafa: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul 1998, sh.175 vd, 202 (Konuya ilişkin İnsan Hakları Mahkemesi kararları belirtilen eserlerin ilgili sayfalarında yer almaktadır).

<sup>32</sup> 14. maddeye ilişkin değişiklik müzakerelerinde DSP Grubu Adına Sadık KIRBAŞ' IN yaptığı konuşma, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 3, C.70, 132. (Olağanüstü) Birleşim.

gerekçesine dayanak yaptığı<sup>33</sup>, Başlangıç hükümlerinin, temel hakların sınırlanması konusunda genel bir sınırlama hükmü gibi kabul edilip uygulandığı<sup>34</sup> ifade edilerek bu uygulama eleştirilmiş ve Başlangıçta belirtilen ilkelerin önemli bir bölümünün zaten Anayasanın diğer hükümlerinde somutlaştırılmış olduğu, Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken Anayasadaki somut düzenlemelere dayanılması, Başlangıçtaki ifadelerden ise ancak aydınlatıcı nitelikte yardımcı norm olarak yararlanılması gerektiği, bu geniş içerikli ve belirsiz kavramların Anayasal denetimde dayanak alınmasının Anayasa yargısını bir yerindelik denetimine götürebileceği<sup>35</sup>, Anayasanın dayandığı felsefe ve temel ilkeleri belirleyen temenni ya da program niteliğindeki Başlangıç hükümlerinin teknik anlamda bağlayıcılık ve uygulanabilirlik niteliği taşımadığı, bunların daha çok pozitif Anayasa hükümlerinin yorumlanmasına katkısının olabileceği<sup>36</sup> yönünde görüşler dile getirilmiştir. Bizce de yerinde olan bu görüşlerin pratik sonucu şudur. Bir kanunun Anayasal denetiminde Anayasanın somut hükümlerinde belirtilen sınırlama nedenlerinin hiç birisine dayanılamıyorsa artık salt Başlangıç hükümleri hareket noktası yapılarak Anayasaya aykırılık sonucuna ulaşılamayacaktır. Şayet Anayasaya aykırılık konusunda Anayasanın somut normlarında yer alan bir sınırlama nedenine dayanılabiliyorsa işte o zaman Başlangıç hükümlerinin konuyla ilgili kısımları somut normun yorum ve uygulamasında destekleyici bir role sahip olabilecektir.

1982 Anayasasının Başlangıç hükümleri 1995 yılında -4121 sayılı Kanunun 1. maddesiyle- yapılan değişiklikle bir hayli sadeleştirilmiş, yine söz konusu hükümlerin 5. paragrafında yer alan "hiç bir düşünce ve mülahazanın" şeklindeki ibare de , 4709 sayılı Kanunla "hiç bir faaliyetin" olarak değiştirilmiştir. Gerek bu

<sup>33</sup> YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.129-131. ÖZBUDUN, E.: age, sh.50.

<sup>34</sup> TANÖR, Anayasanın (değişiklik öncesi) temel hakları sınırlayan katmerli sınırlama nedenlerinden birisini de Başlangıç hükümlerinin oluşturduğuna işaret ederek, Anayasa Mahkemesinin Huzur Partisi'nin kapatılması kararındaki gerekçesinden hareketle Mahkemenin, Başlangıç Bölümünün en otoriter hükümlerine kesin bir buyruk değeri tanıdığını ifade etmiştir (age, sh.337). (Anayasa Mahkemesi'nin Huzur Partisi'nin kapatılmasına ilişkin kararı: E.83/2 (Parti Kapatma), K.83/2; AnMKD, S.20, sh.345, Dergi Basım Yılı 1985). Aynı Yazarın Başlangıç hükümleri ve uygulaması konusunda daha geniş eleştirileri için bkz: agm, sh.17-21.

<sup>35</sup> ÖZBUDUN, E.: age, sh.49,50; TEZİÇ, Erdoğan (YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.128'e atfen).

<sup>36</sup> YÜZBAŞIOĞLU, N.: age, sh.118,119. Yabancılar mülk satışına ilişkin 21.6.1984 günlü, 3029 sayılı Kanunun iptaline ilişkin kararda yer alan üç müşterek azlık oyunda da bu düşüncelerle aynı paralelde; "...Anayasanın 176. maddesindeki açıklık karşısında, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğunu kabul etmek gerekirse de, burada amaçlanan sözü edilen görüş ve ilkelerin bağımsız birer hüküm gibi uygulanmaları değil, Anayasa maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında bu görüş ve ilkelerin gözönünde tutulmasıdır..." görüşlerine yer verilmiştir. (AnMK, E.84/14, K.85/7, AnMKD, S.21, sh.153, Dergi Basım Yılı 1986).

değişiklikler, gerekse Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak getirdiği yeni anlayış ve 14. madde hakkında belirtilen nedenlerle<sup>37</sup>, Başlangıç hükümlerinin de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Yasama organına genel sınırlama yetkisi veren bir hüküm gibi değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Kanun koyucuya tanınan sınırlama olanaklarının olabildiğince somutlaştırılması yoluyla temel hak ve özgürlükler bakımından hukuk devletinin gerektirdiği güvenli ortamı sağlamaya yönelik bu perspektif ve yorum tarzı, Anayasanın hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine uygun hale getirildiğini ifade eden değişiklik gerekçelerine ve Avrupa Birliğine tam üye olma sürecinde yaşanan temel hak ve özgürlüklerin korunup genişletilmesi eğilimlerine de uygun bir yaklaşım olacaktır<sup>38</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius WILDHABER'in de belirttiği gibi<sup>39</sup> önemli olan nokta bu değişikliklerin amaca uygun olarak doğru bir şekilde uygulanabilmesidir.

Bu özgürlükçü yorumun aksine<sup>40</sup>, Başlangıç hükümlerinin ve 14. maddenin önceden olduğu gibi Yasama organına temel hak ve özgürlükleri sınırlama konusunda genel bir yetki verdiği şeklinde yorumlanacak ve uygulanacak olursa Anayasanın 13. maddesinde yapılan; "*Temel hak ve hürriyetler...yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak....sınırlanabilir...*", şeklindeki açık ve buyurucu değişiklik hükmünün fazla bir değer ve anlamı kalmayacaktır.

<sup>37</sup> 14. maddeyi değiştiren 4709 sayılı Kanunun gerekçesinde de; düzenlemenin Başlangıç'ta yapılan değişiklik ile paralellik arzettiği vurgulanmıştır (Anayasalarımız, age, sh.437).

<sup>38</sup> Benzer yönde yorum; BULUT, Nihat: 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet ilişkisi Açısından Değerlendirilmesi, Erz. Huk. Fak. Der. C.V, S.1-4, sh. 54 vd.

<sup>39</sup> Radikal Gazetesi, 15.4.2002, sh.7.

<sup>40</sup> TÜLEN, Başlangıç hükümleri ile 14. maddede yapılan değişiklikleri salt bir ifade değişikliğine indirgeyerek, bu kuralların bütün hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama nedenleri oluşturmaya devam ettiğini ifade etmiştir (TÜLEN, H.: agm, sh.198). Benzer yönde, ÇIÇEKLI, Bülent-ERYILMAZ, M. Bedri: Son Anayasa Değişikliği üzerine Düşünceler, Ank.Bar.Der., S.2002/1, sh.34 vd. Anayasa koyucunun, açık iradesini ve değişiklik gerekçelerini hiçe indirgeyen bu tür düşüncelere katılma olanağı bulamamaktayım.

#### IV. DÜZENLENDİKLERİ MADDEDE HİÇBİR SINIRLAMA NEDENİNE YER VERİLMEMİŞ OLAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRI SORUNUNUN “TEMEL HAKLARIN NESNEL VE ANAYASAL SINIRLILIĞI” AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Özel Maddesinde Hiçbir Sınırlama Nedeni Gösterilmemiş olan Temel Hak ve Özgürlükler Sınırsız Hale mi Gelmiştir?

Yukardan beri yaptığımız açıklama ve tespitlere göre şu an için Anayasada, temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olacak takdire dayalı genel bir sınırlama nedeni bulunmamaktadır. Her bir hak ve özgürlük ancak kendi maddesinde gösterilen özel sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlandırılabilir. Bu tespit karşımıza, düzenlendikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorununu karşımıza çıkarmaktadır.

İlgili maddelerinde hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlükler konusunda dikkati çeken ilk tipik örnekleri, Anayasanın İkinci Kısımının ikinci Bölümünde yer alan *hak arama özgürlüğü* ile Üçüncü Bölümde yer alan *sözleşme özgürlüğü* oluşturmaktadır.

Anayasanın 4709 sayılı Kanunla değişik 36. maddesi şu şekildedir: “(1)Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.(2)Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”<sup>41</sup>.

Anayasanın sözleşme hürriyetini düzenleyen ve 4709 sayılı Kanunla her hangi bir değişiklik yapılmamış olan 48. maddesi de şu şekildedir: “(1)Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. (2)Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”<sup>42</sup>. Görüldüğü gibi söz konusu hakları

<sup>41</sup> Maddede geçen “Meşru vasıta ve yollardan faydalanma” şeklindeki ibare, hak aramada meşru vasıta ve yolların kullanılması yönünden güvence niteliği taşıırken, meşru olmayan vasıta ve yolların kullanılmasını yasaklama yönünden de sınırlama niteliği taşımaktadır. Ancak, yukarıda da işaret edildiği gibi Anayasadan kaynaklanan bu sınırlama, yasama organının takdirine bağlı teknik anlamda bir sınırlama niteliğinde değildir.

<sup>42</sup> 1961 Anayasasının bu özgürlüğün düzenlendiği 40. Maddesi şu şekildeydi; “(1)Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak

düzenleyen ilgili Anayasa maddelerinde yasama organının takdirine bağlı özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir.

Bu durumda, ilgili maddesinde hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen söz konusu hak ve özgürlükler tümüyle sınırsız mı olacaktır? Anayasada bazı hak ve özgürlükler açısından takdire dayalı hiç bir sınırlama nedeninin öngörülmemiş olması, doktrinde ileri sürülen kimi görüşlerin<sup>43</sup> aksine ilgili hak ve özgürlüklerin tamamen sınırsız olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terkedilmiştir. Yukarıda değinildiği üzere, 1961 ve 1982 T.C. Anayasaları, 1924 Anayasasının sınırsız-içeriksiz özgürlük anlayışından uzaklaşmış, bir yandan siyasi iktidarı sınırlandıran, diğer yandan ise toplumsal içeriğe ve konuma sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışını benimsemiştir. Bu anlayış içinde uçsuz-bucaksız özgürlük kavramına yer yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yıllarında verdiği bir kararında da<sup>44</sup> ifade edildiği gibi sınırsız özgürlük anarşiden başka bir şey değildir. Hak ve özgürlüklere hiç bir sınırlama getirilmese bile bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bulunduğu kuşkusuzdur. Anayasanın 14. maddesiyle ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalarda, kimi hak ve özgürlükler konusunda

---

*serbesttir.(2)Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir.(3)Devlet, özel teşebbüslerin milli iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır". Görüldüğü gibi 1961 Anayasası sözleşme özgürlüğünün kamu yararı şeklindeki özel nedenle sınırlanabileceğini açıkça kabul etmiştir. 1982 Anayasasının 48. maddesinde ise böyle bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Buna karşılık, 48. maddenin gerekçesinde; "Hürriyet temelinde dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir. Ancak, bu hürriyetler, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir" ifadelerine yer verilmiştir. Hukukta kanunların bağlayıcı olan ve uygulanması gereken kısımları gerekçeleri olmayıp metinleridir. Dolayısıyla böyle önemli bir konuda, Anayasa metninde yer almayan bir sınırlama nedeninin varlığının -salt gerekçeye bakarak- kabul edilip uygulanmasının mümkün olamayacağı düşünülmektedir. Nitekim, Borçlar Kanununun aktin -kanuna, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olamayacağına ilişkin- muhteva sınırlarını belirleyen 19. maddesiyle ilgili olarak EREN, akit serbestisine getirilen bu yasal sınırların dayanağı olarak Anayasanın (değişiklik öncesi) 13. maddesinde yer alan genel sınırlama nedenlerini ve bu sınırlama nedenlerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olmasını göstermiştir (EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 1985, sh.340).*

<sup>43</sup> GÖZLER, Kemal: Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve götürdükleri, Ank.Bar.Der., Yıl 2001, S.3-4, sh.64 vd. Yazar, 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasıyla kimi hak ve özgürlüklerin artık tamamen sınırsız bir hale geldiğini öne sürmekte ve bu görüşün sonucu olarak örneğin, Anayasada yer almayan isimsiz özgürlük niteliğindeki sigara içme özgürlüğünün artık sınırlanamayacak olması nedeniyle sigara içilmesine sınırlama getiren 4207 sayılı Kanunun Anayasaya aykırı hale geldiğini, ilgili maddesinde sadece suç işlenmesini önleme nedenine bağlı olarak sınırlanabilecek seyahat hürriyetinin örneğin, karantina ilan edilerek engellenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Katı bir pozitivist yaklaşımın sonucu olan bu görüşlere katılma olanağı bulamadığımı belirtmek isterim.

<sup>44</sup> AnMK, E.63/16, K.63/83; AnMKD, S.1, sh.194 (Dergi Basım Yılı 1964).

hiç bir sınıra yer verilmemesinin bu hakları sınırsız bırakacağı, gibi bir düşüncenin yanlışlığını vurgulayan görüşlere değinmiştik. Yapılan değişikliklerle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin kendisine paralel hale getirildiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulamasında da sınırsız bir özgürlük anlayışına yer verilmediğini görmekteyiz. Örneğin, Sözleşme metninde (6/1. maddede) hiç bir sınırlama kaydı yer almayan mahkeme önünde hak arama özgürlüğü (dava açma hakkı)<sup>45</sup> konusuyla ilgili olarak verilen GOLDER kararında Divan, bu hakkın sınırsız ve koşulsuz olmadığını, devletlerin özellikle hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek tedbirleri alabileceklerini<sup>46</sup> belirterek sınırsız hak anlayışını reddetmiştir. Sonuç olarak Anayasada bazı hak ve özgürlükler için hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olmasının, bu özgürlükleri tümüyle sınırsız hale getirmediğini söyleyebiliriz.

## B. Temel Hakların Nesnel ve Anayasal Sınırlılığı

Sınırsız bir hak ve özgürlük düşüncesinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılması, düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırı ne olacaktır sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorununun cevabının, tüm haklar için geçerli genel bir sınırlama nedenine yer vermeyerek kademeli bir sınırlama sistemi öngörmüş olan Federal Alman Bonn Anayasasının uygulanmasıyla ilgili olarak Alman öğretisi tarafından geliştirilen ve Fazıl SAĞLAM tarafından geniş bir şekilde ele alınmış<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Sözleşmenin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesinde açıkça mahkeme önünde hak arama özgürlüğünden söz edilmemekle birlikte Divan, Sözleşmenin 6/1. maddesinde yer alan; "*Her şahıs...bir mahkeme tarafından davasının...dinlenilmesini istemek hakkını haizdir*" şeklindeki hükümden hareketle sözü edilen maddenin hak arama (mahkemeye başvurabilme) hakkını da içerdiğini kabul etmiştir (GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, sh.249-250, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılanma, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995. Sh.3.).

<sup>46</sup> GOLDER kararı, 21.2.1975, A 18, s.18-19, Paragraf 37-38 (GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, sh.251'den naklen).

<sup>47</sup> Fazıl SAĞLAM, aynı zamanda Doçentlik Tezi olan *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* isimli kitabında (Ankara 1982), konuyu Alman öğretisini esas alarak geniş şekilde incelemiş ve nesnel sınırlılık ölçütünün 1961 Anayasası yönünden de uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır. SAĞLAM, 1961 Anayasasının 11. maddesinde sayılan sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü açısından geçerli olup olmadığı sorununu farklı bir yaklaşımla ele almış ve bu nedenlerin özel sınırlama nedenleriyle birlikte kümülatif olarak uygulanmasını kabuli etmemekle birlikte bunları hiç uygulanma kabiliyeti bulunmayan nedenler olarak da görmüştür. Konuyu genel-özel norm ilişkisi içinde ele alarak, özel maddesinde sınırlama nedeni yer alan haklar için genel nitelikli olan 11. maddedeki nedenlerin uygulanamayacağı, aynı şekilde, özel maddesinde hiç bir sınırlama nedeni gösterilmeyen haklar için de bu hakların niteliği ve özel norm olmaları nedeniyle 11. maddedeki nedenlerin uygulanamayacağı sonucuna varmış, buna karşılık basit yasa kayıtlı sınırlamaya tabi hakların sınırlandırılmasında konuya ilişkin özel maddeler açısından, basit yasa kayıtlarının sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temel hakların tümüne yönelmesi nedeniyle bu durumlarda da temel hakların tümü açısından -özel

olan temel hakların nesnel sınırlılığı (hakkın koruma alanı) ölçütü ile temel hakların Anayasa normlarıyla çatışmasından kaynaklanan Anayasal sınırlılığı ilkesine göre verilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

*Temel hakkın nesnel sınırlılığı*<sup>48</sup> ya da farklı bir ifadeyle temel hakkın koruma alanı ölçütüne göre, hakların sınırsız olamayacağı

sınırlama nedenleri yerine- 11. maddedeki genel sınırlama nedenleri dayanılabileceğini kabul etmiştir. İşte Yazar, hakkında hiç bir sınırlama nedeni öngörülmeden (ve 11. maddedeki genel sınırlama nedenlerine de tabi olmadığı sonucuna ulaştığı ) temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorununu nesnel sınırlılık öğretisi ile Anayasal sınırlılık esasına göre çözümlenmeye çalışmıştır. SAĞLAM'ın bu görüşleri, sanırım, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasasının 11. maddesindeki nedenleri hak ve özgürlüklerin tümü açısından geçerli genel sınırlama nedenleri olarak kabul edip kümülatif olarak uygulaması, 1982 Anayasasının (değişiklik öncesi) 13. maddesindeki sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu hususunun ise tereddüde yer vermeyecek kadar açık olması nedenleriyle (ki, yukarıda değinildiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin uygulaması da bu yönde olmuştur) yeterince tartışılma ve değerlendirilme ortamı bulamamıştır.

<sup>48</sup>*Temel hakların nesnel sınırlılığı* öğretisi, Federal Alman Bonn Anayasasının, kapalı yerlerde toplantı özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, sendika özgürlüğü, dilekçe hakkı gibi kimi hak ve özgürlükler yönünden yasa koyucunun takdirine bağlı hiçbir sınırlama nedenine yer vermemesi karşısında., hiç bir hakkın yasa koyucunun sınırlama yetkisi dışında kalamayacağı düşüncesinde olanlar tarafından geliştirilmiş olan *İçkin Sınırlar Öğretisinin* sakıncalarını giderebilmek amacıyla geliştirilmiştir. Konu bütünlüğünü sağlamak bakımından, birbirinden farklı uygulama türleri içeren içkin sınırlar öğretisinin dayandığı temel esaslara ve eleştirilen yönlerine başlıklar halinde kısaca değinmekte de yarar görülmüştür.

Bu öğretinin esasını, düzenlendikleri maddelerde hiçbir sınırlama nedeni gösterilmemiş olan temel hakların, yasa koyucu tarafından, hakların kendi içlerinde, mahiyetlerinde mevcut olan (içkin) sınırlarına dayalı olarak sınırlanabileceği tezi oluşturmaktadır. Bu öğreti uygulamada farklı şekillerde yorumlanmış ve uygulanmıştır. Bunlar ve eleştirileri kısaca şu şekildedir.

#### **1. Federal İdare Mahkemesinin Görüşü:**

İçkin sınırlar öğretisinin en aşırı biçimi olarak kabul edilen, Federal İdare Mahkemesinin uyguladığı görüşe göre; "Belli bir temel hakka dayanmakla, toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşecekse, buna cevaz verilmemesi hak kavramında mündemiç bir esastır". Pozitif bir temelden yoksun soyut bir "kamu yararı" niteliğindeki bu görüş eleştirilmiş ve bu görüşün temel haklar için öz güvencesini bile ortadan kaldıran, kötüye kullanmaya açık belirsiz bir kriter olduğu ifade edilmiştir.

#### **2. Hukuki Değerler Tartısı:**

HAMEL, VON HIPPEL ve HAEBERLE tarafından oluşturulan bu görüşe göre, anayasanın koruduğu çıkarlar ya da değerler arasında bir çatışma olursa çatışan değerler arasındaki bir değerlendirme (tartı) yapılacak ve tartıda üstün gelen çıkarın önde tutulup, diğerinin sınırlanmasına gidilecektir. İşte bu sınırlama sınırlanan özgürlüğün için sınırını oluşturacaktır. Bu görüş de çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bir defa anayasal kurallar arasında alt-üst ilişkisi kurmak anayasanın bütünlüğü ilkesine uymamaktadır. Bir konuda doğrudan Anayasadan kaynaklanan bir farklılık yer almışsa burada zaten anayasasının bu hükmünün uygulanması gerekeceğinden bu durumda hukuki tartı yapmaya gerek yoktur. İkincisi, tartıda hangi hukuki değerler üstün tutulacaktır. Bu sorunun cevabı bulunmadığı sürece bu ölçütün genel sınırlama yetkisi veren yasa kayıtlarından farkı kalmayacak ve hukuk devletinin gerektirdiği açık ve belirli bir ölçü olmaktan uzak kalacaktır. HESSE, hukuki değerler tartısında anayasanın bütünlüğü ilkesinin korunması için *pratik uyuşum* ilkesini geliştirmiştir. Buna göre bir temel hak başka bir temel hakla veya anayasanın başka bir hükmüyle çatıştığında, gerek temel hakkın gerekse anayasanın koruduğu hukuki değerlerin varlık ve etkilerini optimal düzeyde koruyacak bir çözüm (pratik uyuşum) yolu bulunmalıdır. Bu yolla her anayasal değerlerin birbirini bertaraf etmeden orantılı bir biçimde etkilerini sürdürmeleri sağlanır.



“norm alanlarının” nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Her temel hak normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda (yaşam alanında) geçerlidir. Norm, içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modelidir. Her norm kendi metninde belli bir program içerir. *Norm programı* (hukuki buyruk) normun metni ve sözü ile ilgili verilerden oluşur. *Normun nesnel alanını* ise norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü nesnel veri oluşturur. Bu görüşe göre, sınırlama açısından öncelikle araştırılması gereken sorun, temel hakların nasıl sınırlandıracağı değil, norm programı ve norm alanı analiziyle araştırılacak olan normun “geçerlik muhtevasının” nereye kadar uzandığı konusudur. Bunu tespit ederken göz önünde tutulacak nokta, temel hak kullanımı olarak gözükebilecek eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın

### **3. Kişiliği Geliştirme Özgürlüğünde Yer Alan Sınırlama Üçlüsünün Diğer Temel Haklara Teşmil**

Diğer görüşlerden farklı olarak için sınırlar öğretisine pozitif bir dayanak bulmaya çalışan bu görüşe göre, Anayasanın kişiliği geliştirme hakkını düzenleyen ve; “Herkes, başkalarının haklarını zedelediği ve anayasal düzene veya ahlak yasasına aykırı düşmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir” hükmünü içeren 2/1. maddesindeki, başkalarının hakları, anayasal düzen ve ahlak yasası şeklindeki üç sınırlama nedeni diğer tüm hak ve özgürlükler açısından da bir sınırlama nedeni olarak kabul edilip uygulanmalıdır. Bu görüşün temelinde kişiliği geliştirme hakkının Alman hukukunda, kapsayan özgürlük (şamil özgürlük) olarak görülüp uygulanması yatmaktadır. Bu uygulamaya göre kişiliği geliştirme özgürlüğü, Anayasanın diğer temel haklarından hiç birisinin içine girmeyen her türlü insan eylemini koruma altına alan bir haktır. Hatta bir kısım görüşler bu özgürlüğü diğer bütün temel hakların anası olarak da kabul etmiştir. Bu görüş Bonn Anayasasının ilk yıllarında eyalet idare mahkemelerinde benimsenmiştir. İşte kişiliği geliştirme hakkının bu anlam ve içeriğinden hareketle bu hakkın sınırlarını oluşturan üçlü sınırlama nedenlerinin diğer tüm haklara teşmil edilmesi (yaygınlaştırılması) gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş, Federal İdare Mahkemesinin sonraki kararlarında söz konusu özgürlüğün ana özgürlük olduğu düşüncesini reddederek, sınırlama üçlüsünü sadece kişiliği geliştirme hakkıyla sınırlı olarak uygulamasıyla etkisini kaybetmiştir.

Sınırlama üçlüsünün diğer haklara da uygulanması konusunda daha farklı yaklaşımlar da ortaya çıkmıştır. Bir yaklaşıma göre, kişiliği geliştirme hakkına ilişkin olarak öngörülen sınırlama üçlüsünün sadece kişiliği geliştirme hakkı ile bu hakkın kapsadığı varsayılan ancak Anayasada yer almayan “isimsiz temel haklar” için geçerli bir sınırlama nedeni olarak uygulanması, diğer haklar yönünden ise bir sınırlama nedeni kabul edilmemesi gerekir. DÜRIG’de biraz farklı olarak, bir yandan sadece kişiliği geliştirme hakkı için öngörülen üçlü sınırlamanın diğer haklara da kayıtsız bir şekilde uygulanarak bunların da sınırlama bakımından diğer haklarla aynı düzeye indirilmesini reddetmekte, diğer yandan ise, sınırsız temel hak olamayacağı görüşünden hareketle üçlü sınırlamaları, diğer hakların için sınırlarının bulunması bakımından bir yorum ilkesi olarak uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre üçlü sınırlamalar kişiliği geliştirme hakkı (ve isimsiz haklar) bakımından geniş, için sınırlar bakımından ise dar yorumlanmalıdır.

Kişiliği geliştirme hakkında yer alan üçlü sınırlamanın diğer temel haklara da teşmil edilmesi gerektiği görüşü de eleştirilmiştir. Sözü edilen sınırlama üçlüsü, hukuk devletinin gerektirdiği, açıklık, belirginlik, önceden bilinebilirlik gibi unsurları karşılayamamaktadır. Özellikle Anayasal düzen kavramının içerdiği geniş anlam bu sakıncayı ortaya koymaktadır. Bu sakıncaları gidermek amacıyla sınırlama üçlüsünden sadece başkalarının haklarının ve ahlak yasasının diğer haklara teşmil edilmesi gibi ikincil görüşlerin ortaya çıkması da bu eleştirileri önlememiştir (SAGLAM, F.: age, sh.32-47, Bu görüşlere kısmen GÖREN de değinmiştir, GÖREN, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, sh.88.vd)). pozitif bir temele dayanmayan için sınırlar öğretisinin hukuki güvence sağlamaktan uzak olması Friedrich MÜLLER tarafından geliştirilen nesnel sınırlılık öğretisini ortaya çıkarmıştır.

norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı (koruma alanı) içindedir. Burada normun koruduğu temel hak kullanımı, sadece norm alanının sağladığı spesifik (özümlü) kullanım olanaklarıdır. Bir temel hak kullanımıyla arızı bir ilişki içinde bulunan eylem biçimleri ise temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmaz. Bu nedenle de normun korumasından yararlanamaz. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, dilekçe hakkının hakaret ya da tehdit taşıyan dilekçelere cevaz vermeyeceğini kabul etmektedir. Çünkü, bir dilekçenin nesnel içeriğinin hakaret ya da tehdit olmadan da formüle edilebilmesi asırdır. Bu nedenle dilekçenin suç teşkil eden biçimde yazılması dilekçe hakkının özgül koruma alanının dışında kalır. Benzer şekilde, bir ressamın cadde ortasında sehvasını kurup resim yapmaya kalkması, hakkında sınırlama nedeni gösterilmemiş olan sanat özgürlüğünün spesifik olmayan, dolayısıyla da normun koruma alanı dışında kalan bir eylem biçimi oluşturur. Yine temel hakların kötüye kullanılması da, ilgili hakların özgül kullanım alanları dışında kalan ve dolayısıyla da temel hak normunun koruma alanı dışında bulunan kullanım biçimlerini oluşturur<sup>49</sup>.

Bir temel hakkın sınırlılığı yalnızca kendi norm alanından kaynaklanmaz. Bir temel hakkın başka bir temel hakla veya Anayasa normuyla çatışması durumunda da sınırlılığı söz konusu olabilir. Anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunmadığından kural olarak bir Anayasa normunun diğerine aykırı olması söz konusu olamaz. Bu nedenle Anayasa normları, aralarında çelişki yaratmayacak şekilde yorumlanmalıdır. *Anayasanın bütünlüğü* ilkesi bunu gerekli kılar. Bu yoruma rağmen Anayasa hükümleri arasında bir çelişki çıkarsa bu halde başvurulacak çözümler de şu şekilde olacaktır. Bir temel hakkın norm alanının daha genel nitelikli bir temel hakkın norm alanı içinde yer alması durumunda özel kural-genel kural ilkesi gereği, özel norm uygulanacak ve genel norm sınırlamaya uğrayacaktır. Bu durum Anayasanın bütünlüğü ilkesinden kaynaklanan genel bir sınırdır ve yasa koyucunun sınırlamasıyla bir ilgisi yoktur. Aralarında genel-özel ilişkisi olmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya bir başka Anayasa hükmüyle çatışması durumunda ise çatışan haklar *pratik uyum ilkesi*<sup>50</sup> uyarınca oranlı ölçüde sınırlanarak optimal bir çözüm

<sup>49</sup> SAĞLAM, F.: age, sh. 47 vd; 134 vd. GÖREN'de bu konuda, temel hakların değişik yaşam alanlarında geçerli olduğunu, temel hakla korunan yaşam alanının, temel hakkın koruma alanı veya temel hakkın konusu olduğunu, temel hakkın koruma alanını oluşturan yaşam alanının, yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkarılan alan olarak da adlandırıldığını ifade etmekte, temel hakkın koruma alanı içindeki bir davranışı da temel hakkın kullanılması ya da temel hakkın uygulaması şeklinde tanımlamaktadır (age, sh.76).

<sup>50</sup> *Pratik uyum ilkesi* hakkında bkz: Dipnot 48.

bulunmaya çalışılacaktır. Bu sınırlama da yasa kaydına dayanmayan bir sınırlılık oluşturmaktadır. Örneğin, hakaret oluşturan düşünce açıklamalarının sınırlandırılarak ceza yaptırımına bağlanması, düşünce özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki çatışmanın ortaya çıkardığı bir sonuç olarak açıklanabilir<sup>51</sup>. Anayasada basın özgürlüğüyle ilgili olarak yasama organına “kişilerin şeref ve haklarına tecavüzü önlemek” için sınırlama yetkisi tanıyan hükmüyle, az önce verilen örneği karıştırmamak gerekir. Basın özgürlüğü konusunda tanınan sınırlama yetkisi yasama organına geniş bir sınırlama alanı sağlarken, düşünce özgürlüğüne bu nedenle getirilebilecek sınırlar pratik uyuşumun gerektirdiği sınırları aşamayacak, dar bir sınırlılık oluşturacaktır. Benzer şekilde, Anayasanın (1961) 35. maddesiyle çocukların korunması bakımından Devlete verilen ödev, Devletin çocukların sağlıklı gelişimi bakımından tehlike oluşturacak bazı düşünce açıklamalarına pratik uyuşumun gerektirdiği ölçüde sınırlar getirebilmesine olanak tanımaktadır. Tüm bu sınırlamaların haklı görülmesinin nedeni, bunların sınırlama nedeni olarak gösterilmelerini gerektirmeyecek kadar açık nedenler olması değil, Anayasa normları arasındaki çatışmadır<sup>52</sup>.

Özetleyecek olursak, temel hak ve özgürlük normları haklarında hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsalar bile; kendi nesnel koruma alanlarıyla (geçerlik muhtevalarıyla) ve Anayasada yer alan diğer normlarla sınırlıdır.

### C. Sınırlılığın Uygulanması

Nesnel ve Anayasal sınırlılık esasının, temel hak ve özgürlükler için basit yasa kaydından sınırlama nedenine yer verilmemesine kadar kademeli bir sınırlama rejimi öngörmüş olan 1982 Anayasası açısından uygulanabilirliği, konunun şüphesiz en önemli noktasını

---

<sup>51</sup> Yazar (SAĞLAM) bu örneği, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün tek bir madde halinde düzenlendiği ve düzenlemede her hangi bir sınırlama nedeninin gösterilmediği 1961 Anayasasının 20. maddesini esas alarak vermiştir. 1982 Anayasası ise düşünce ve düşünceyi açıklama/yayma özgürlüklerini iki ayrı maddede düzenlemiş; düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün düzenlendiği 26. maddesinin 4709 sayılı Kanunla değişik şeklinde, diğer bazı nedenlerin yanında başkalarının hakları da bu özgürlük açısından özel bir sınırlama nedeni olarak kabul edilmiştir. 1961 Anayasasının 20. maddesinde tanınan düşünce özgürlüğünün kişilik haklarıyla sınırlandırılması konusunda AKSOY farklı bir yaklaşımda bulunarak; basın özgürlüğü bakımından kişilik haklarına hakaretin sınırlandırılması konusunda yasama organına yetki verilirken, genel düşünce özgürlüğü bakımından böyle bir sınıra yer verilmemesinin mümkün olamayacağını, bu yasağın Anayasa koyucu tarafından tekrar edilmesi lüzumsuz görülerek Anayasaya konulmadığını ifade etmiştir (AKSOY, Muammer: Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü, Türkiye’de İnsan Hakları, AÜHF Yayınları, Ankara 1970, sh.143).

<sup>52</sup> SAĞLAM, F.: age, sh. 136,137.

oluşturmaktadır. Bu konudaki açıklamalarımızı Anayasanın temel hakların sınırlandırılması konusundaki yeni sistemini bütüncül bir yaklaşımla ele alarak yapacak olursak şunları söyleyebiliriz.

a) 13. madde uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin her türlü sınırlandırmanın mutlaka kanunla yapılması gerekecek ve sınırlamada şu ilkelere uyulması zorunlu olacaktır:

-Sınırlamada hakkın özüne dokunulamayacaktır,

-Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olacaktır,

-Sınırlama demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacaktır,

-Sınırlamada ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekecektir.

b) Anayasada, temel hakların tümü için uygulanabilecek nitelikte genel bir sınırlama nedeni yer almamaktadır. Bu nedenle kanun koyucu bir hak ve özgürlüğü sınırlandırırken ilgili hakkın kendi maddesinde yer almayan kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik, genel asayiş gibi torba sınırlandırma nedenlerine dayanamayacak, temel hak ve özgürlükleri yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırabilecektir. Şüphesiz bu sınırlamayı yaparken yukarıda belirtilen sınırlamanın sınırlarına uyması gerekecektir.

c) Basit yasa kayıtlı sınırlamaya tabi tutulmuş temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda kanun koyucu en geniş takdir alanına sahiptir<sup>53</sup>. Anayasada, kanunla sınırlandırılabilirliğinin veya düzenlenebilirliğinin belirtildiği, ancak, bunun yapılmasında herhangi bir sınırlama nedeninin gösterilmediği bu tür hakların sınırlarını, hakların nitelik ve özelliklerine göre serbestçe belirleyebilecektir<sup>54</sup>. Ancak, bu hakların sınırlandırılmasında da, 13. maddede belirtilen sınırlamanın sınırlarına uyulması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

<sup>53</sup> GÖREN, Z.: age, sh.88; SAĞLAM, F.: age, sh.53.

<sup>54</sup> SAĞLAM, 1961 Anayasası bakımından bu tür hakların sınırlandırılmasında 11. maddedeki genel nedenlere dayanılabileceğini kabul etmiştir (age, sh.108). Ancak, şu anda 13. maddenin değiştirilmesiyle bu şekilde uygulanması mümkün olabilecek genel bir sınırlandırma nedeni bulunmadığından, basit yasa kayıtlı temel hakların sınırlandırılmasında dayanılabilecek sebepler açısından kanun koyucunun takdir yetkisinin mevcut olduğunu kabul etmek zorunlu görünmektedir.

d) Kanun koyucu, hakkında hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiş ve sınırlanması konusunda basit yaşa kaydına da yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlükleri artık her hangi bir şekilde sınırlandıramayacaktır. Buradaki sınırlandıramama temel hakkın koruma alanını sınırlandıramamadır. Yukarıda yaptığımız açıklamalara göre sınırlandırma, temel hakkın koruma alanına dışardan yapılan bir müdahale anlamı taşır. Böyle bir müdahalenin yapılabilmesi ise Anayasada buna açıkça cevaz veren belli sınırlama nedenlerinin varlığını zorunlu kılar. Diğer taraftan sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin kabul edilemeyeceği, hak normlarının kendi nesnel koruma alanlarıyla sınırlı olacağı sonucuna ulaştığımız göre, bu sonucun gereği olarak kanun koyucu, hakkında hiçbir sınırlandırma nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanları dışında kalan kullanım alanlarına belli kayıt ve sınırlar getirebilecek; aynı şekilde, diğer temel haklarla veya Anayasa hükümleriyle çatışan temel haklar için de genel norm-özel norm ilişkisinin veya pratik uyum ilkesinin gerektirdiği sınırları öngörebilecektir. Bu şekildeki sınırlamaları, söz konusu temel hakların kanun koyucu tarafından sınırlandırılması değil, koruma alanı sınırlarının<sup>55</sup> belirlenmesi, (deklare edilmesi/açıklanması) olarak nitelendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Temel hakların nesnel ve anayasal sınırlılığı, sadece hakkında hiç bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve özgürlükler için değil diğer tüm hak ve özgürlükler için de geçerli olabilecek bir ölçüt niteliği taşımaktadır.<sup>56</sup> Çünkü, bütün hak ve özgürlükler en başta kendi norm alanlarıyla ve Anayasanın diğer hükümleriyle sınırlıdır. Kimi hak ve özgürlükler için kendi maddelerinde özel bazı sınırlama

<sup>55</sup> Tebliğimizin başlığında da bilinçli olarak bu hakların "sınırlandırılması"ndan değil "sınırı"ndan söz edilmiştir.

<sup>56</sup> Anayasanın 13. Maddesine ilişkin değişiklik müzakerelerinde, yapılan değişikliğin Anayasada yer almayan isimsiz hakların nasıl sınırlandırılacağı sorusunu cevapsiz bıraktığı, Alman Anayasa Mahkemesi'nin gelişim ve geliştirme hakkı yoluyla bu sorunu çözdüğü (ki, bu ifadeyle sanırım, dipnot 48'de değinilen kişiliği geliştirme hakkında yer alan sınırlama üçlüsünün (başkalarının hakları, anayasal düzen, ahlak yasası) diğer haklara da uygulanması şeklindeki için sınır öğretisine atıf yapılmaktadır) şeklinde yorumlar yapılmış olup (DYP Grubu adına Ahmet İYİMAYA'nın konuşması, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 3, C.70, 132. (Olağanüstü) Birleşim), için sınırlar öğretisinin bir uygulama biçimi olan, sınırlama üçlüsünün diğer haklara da teşmilinin sakinlerine ve Federal İdare Mahkemesinin bu uygulamayı terk etmiş olduğuna yukarıda değinilmiştir. Dolayısıyla, şu an için sınırsız hale geldiği ileri sürülen isimsiz özgürlükler yönünden de diğer hak ve özgürlükler bakımından uygulanabilir nitelikte bulduğumuz, nesnel ve anayasal sınırlılık esasının uygulanması en doğru çözüm olarak gözükmektedir. Anayasal teminata layık görülerek düzenlenmiş ve hatta düzenlendiği özel maddesinde hiçbir sınırlama nedeni de gösterilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırsızlığı kabul edilmediğine göre henüz Anayasada düzenlenmemiş olan bu tür hakların hiçbir sınırlamaya tabi olmayacağını düşünmek (Bu doğrultuda GÖZLER, agm, sh.65) kanaatime göre doğru bir yaklaşım değildir.

nedenleri öngörülmüş olması bu tür hak ve özgürlüklerin belirtilen sınırlarını ortadan kaldırmaz. Bu sınırlar yine vardır. Kimi haklar için özel sınırlandırma nedenleri öngörülmesi bu hakların -özlerine dokunmamak kaydıyla- koruma alanlarına da sınırlama getirilebilmesine olanak tanıma amacı güder. Ancak, burada şunun altı çizilmelidir ki, hakkında kamu yararı, kamu düzeni gibi çok geniş içerikli sınırlama nedenleri öngörülmüş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında koruma alanı ölçütüne başvurulmasının çoğu zaman pratik bir önemi olmayacaktır. Çünkü, bu tür hakların koruma alanları dışında kalan kısımlarının sınırlandırılmasında da, kendi maddelerinde yer alan özel sınırlandırma nedenlerine dayanılması mümkün görünmektedir<sup>57</sup>.

Hakkın koruma alanı ölçütünün uygulanabilmesi bu tür hakların geçerlilik muhtevalarının (içeriklerinin) belirlenmesini gerektirmektedir. Bu belirleme hukukta geçerli yorum metotlarına başvurularak yapılacak ve bu yapılırken temel hak normunun sözel içeriği, sistematik konumu, tarihsel oluşumu<sup>58</sup> gibi hususlar gözönüne alınacaktır. Geçerlilik içeriklerinin belirlenmesinde esas alınacak ölçü, norm alanı ile özgül bağlantı içinde olan kullanım biçimleri olacak, norm alanı ile yalnızca arızı (tesadüfi) bir bağlantı içinde bulunan

<sup>57</sup> Buna karşılık hakkında sınırlandırma nedenleri öngörülmüş olan temel hak ve özgürlükler için de nesnel ve anayasal sınırlılık ilkesinin uygulanabileceği durumların ortaya çıkması mümkündür. Bunu Kemal GÖZLER'in verdiği bir örnekten hareket ederek somutlaştırmaya çalışalım. GÖZLER, Anayasanın seyahat hürriyetinin düzenlendiği 23. maddesinde bu hürriyetin suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla sınırlandırabileceğinin belirtildiğini, 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasından sonra artık bu hürriyetin genel sağlık sebebiyle sınırlandırlamayacağını, dolayısıyla da salgın hastalık ortaya çıkan bir bölgeye giriş-çıkışın yasaklanamayacağını (karantina ilan edilemeyeceğini), aksi uygulamanın Anayasaya aykırı olacağını ileri sürmektedir (agm.sh.64-65). Ancak, konuyu yüzeysel bir yaklaşımla ele alan bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Evet, Anayasanın 23. maddesi seyahat özgürlüğü tanımış ve bu özgürlüğün de sadece suç kovuşturması veya suç işlenmesini önleme için sınırlandırılabilceğini öngörmüştür. Fakat aynı Anayasa, 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına da sahip olduğunu, 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının bulunduğunu hükme bağlamıştır. Bu durumda, bulaşıcı bir hastalık nedeniyle karantina altına alınmış bir köyde yaşayan vatandaşların seyahat özgürlüğüne dayanarak buradan komşu köye veya başka bir yere gitmek istemeleri veya başka vatandaşların dışardan buraya girmek istemeleri bu hastalığın diğer insanlara da bulaşma riskini ortaya çıkaracağı ve bu durumun diğer insanların sağlıklarını ve yaşamlarını tehlikeye sokacağı açıktır. Böylece karantina ilan edilmiş bir bölgede yaşayan insanların seyahat etme özgürlüğüyle diğer insanların maddi-manevi varlıklarını koruyarak sağlıklı bir şekilde yaşama hakları birbiriyle çatışacaktır. Böyle bir durumda diğer insanların belirtilen haklarına hiç bakılmadan seyahat özgürlüğü sınırlandırılmaz mı denilecektir? Elbette böyle denilmeyecek ve bir başka temel hakla çatışan seyahat hürriyeti, pratik uyuşum ilkesinin gerektirdiği ölçüde salgın hastalık tehlikesinin geçmesine kadar -zamanla sınırlı olarak- sınırlandırılacaktır. Böyle bir sınırlama yapabilmek için Anayasada özel olarak bir sınırlama nedeninin bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Temel hakların çatışmasından kaynaklanan Anayasal sınırlılık bu sonucu gerektirmektedir.

<sup>58</sup> GÖREN, Z.: age, sh.83.

kullanım biçimleri koruma alanı dışında tutulacaktır<sup>59</sup>. Ancak, soyut olarak böyle bir belirleme yapılmasının zahmetli<sup>60</sup> ve de çok zor bir konu olduğu açıktır. Örneğin, savunma hakkının ya da sözleşme özgürlüğünün özgül kullanım alanlarının (koruma alanlarının) belirlenebilmesi için bu hakların kullanımına yönelik çok çeşitli alternatif ve olasılıkların ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir değerlendirme yapılabilmesinin güçlüğü ise ortadadır. Bu nedenle koruma alanlarının belirlenmesinin önceden soyut olarak değil somut olaylarla karşılaştıkça yapılmasının daha sağlıklı olacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte, gerek koruma alanı gerekse Anayasal sınırlılık esasının uygulanması ile ilgili olan bazı Anayasa Mahkemesi kararlarından da bahsederek konuyu bir nebze somutlaştırmaya çalışalım.

Koruma alanının belirlenmesi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin, Türk Ceza Kanununun savunma dokunulmazlığına ilişkin 486. maddesiyle ilgili olarak 1961 Anayasası döneminde verdiği bir karar dikkat çekici niteliktedir. Türk Ceza Kanununun 486. maddesinin 1. fıkrasında, savunma hakkı kullanılırken yapılan hakaretlerin suç sayılmayacağı belirtilmiş, 2. fıkrasında ise dava ile ilgili olmayan veya ilgili olsa da savunma sınırını aşan hakaretlerin bunun dışında olduğu hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile savunma hakkına ilişkin norm alanıyla özgül bağlantı içinde bulunan (savunmanın hiç bir kaygıya kapılmadan özgürce yapılabilmesine yönelik) kullanma biçimi korunmuş, buna karşılık norm alanıyla arızı bağlantı içinde bulunan, diğer bir deyişle savunma yapabilmek için başvurulması gerekmeyen eylem biçimleri (hakaretler) korunmamıştır. Söz konusu maddenin 2. fıkrasına ilişkin olarak açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, norm alanı belirlemesi yapmak suretiyle hükmü Anayasaya aykırı görmemiştir. Kararda şu gerekçeye yer verilmiştir; *"Gerçekten iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle*

---

<sup>59</sup> SAĞLAM, F.: age, sh.131.

<sup>60</sup> SAĞLAM, F.: age, sh.131.

*söylenmesinde ve yazılmasında zorunluk bulunmayan yani, davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denemez....”<sup>61</sup>.*

Temel hakların Anayasal sınırlılığının belirlenmesi de, Anayasanın bütünlüğü ilkesi uyarınca ve yine hukukta geçerli yorum metotlarına başvurmak suretiyle gerçekleştirilecektir.

Anayasal sınırlılıkta iki farklı durumun olduğuna değinilmişti. Bunlardan birincisini genel norm-özel norm ilişkisinin varlığı, ikincisi ise, temel hak normunun diğer Anayasa hükümleriyle çatışması hali oluşturmaktadır. Eğer, Anayasada aynı konuda birisi genel diğeri özel nitelik taşıyan iki kural varsa, genel norm-özel norm ilişkisinde özel norm uygulanır, şeklindeki hukukun genel yorum ilkesi uyarınca özel normun geçerli olduğu alan uygulanacak ve genel normun tanıdığı özgürlük alanı sınırlandırılmış olacaktır. 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 38. maddesinde yer alan “yükseköğretim paralıdır” ibaresinin iptali istemiyle açılan bir davada Anayasa Mahkemesi, genel kural-özel kural ilişkisinde özel kuralın önceliği ilkesini uygulamıştır. Mahkemenin konuya ilişkin gerekçesi şöyledir; “...Anayasada genel nitelikte kurallar bir de belirli konuları düzenleyen özel hükümler vardır. Bir konu, kendine özgü kurallarla düzenlenmemişse eldeki sorununun çözümü için genel kurallara gidilir, özel düzenleme varsa ve bu düzenleme açık ve seçikse artık genel kurallara başvurulması veya bu kurallardan destek aranması düşünülemez. (Anayasanın 10. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri ve devletin bunları koruması gereği belirtilmesine, 21. maddesinde de bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme hakkının tanınmasına karşılık)<sup>62</sup> Anayasa öğrenimin sağlanması konusunda Devlete düşenleri bir özel düzenleme ile belli etmiştir ki, bunun da yeri 50. maddedir. Şu duruma göre “yükseköğretim paralıdır” ilkesinin Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken başlıca ölçek olarak bu madde kurallarına dayanılması zorunluluğu kendini göstermektedir”<sup>63</sup>.

Aralarında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya başka bir Anayasal normuyla çatışması durumunda da, temel hak normları sınırlandırmaya uğrayacaktır.

<sup>61</sup> AnMK, E. 63/163, K.65/36; AnMKD, S.3, sh.167 (Dergi Basım Yılı 1971).

<sup>62</sup> Parantez içindeki kısım karardan tarafımızca özetlenmiştir.

<sup>63</sup> AnMK, E.73/32, K.74/11, AnMKD, S.12, sh.111 (Dergi Basım Yılı 1975).



Bunun da pratik uyuşum ilkesi gereğince her bir temel hak normunun varlıklarını optimal düzeyde koruyacak şekilde ve olabildiğince sınırlı olarak yapılması gerekecektir. Hakaret içeren düşünce açıklamalarının sınırlanması ile karantina ilan edilen yerler bakımından seyahat özgürlüğünün kısıtlanması konusunda yukarıda verilen örnekler bu duruma uygun düşmektedir. Benzer şekilde, sözleşme özgürlüğünün muhteva sınırlarını belirleyen Borçlar Kanununun 19. maddesi uyarınca ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılmasını (sınırlandırılmasını) da temel hakların çatışmasından kaynaklanan bir Anayasal sınırlılık olarak kabul etmek mümkün görünmektedir.

Nesnel ve Anayasal sınırlılığın belirlenmesi konusunda ortaya çıkan bir sorun da, bu belirlemenin yapılmasında 13. maddede yer alan sınırlama yetkisinin sınırlarının yerinin ne olacağıdır? Kanaatime göre 13. maddede belirtilen sınırlama yetkisinin sınırları, temel hakların koruma alanının da sınırlandırılabilmesine olanak tanıyan özel sınırlama nedenleri ile basit yasa kayıtlı sınırlandırmalar için geçerli olan güvencelerdir. Bu güvencelerin en önemlilerinden olan öze dokunma yasağını ele alalım. Öze dokunma genel olarak, bir hakkı kullanılamayacak ya da kullanılmasını çok zorlaştıracak ölçüde kayıt ve sınırlandırmalara tabi tutulmasını ifade eder. Bir şeyin çekirdeğini, aslını anlatan öz, bir hakkın koruma alanının daha içerisinde yer alan iç kesitini oluşturur. Öze kadar varmış olan bir sınırlama ise öncelikle hakkın koruma alanını ihlal etmiş durumdadır. Hakkında özel bir sınırlandırma nedeni öngörülmemiş bulunan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanlarını sınırlayan yasal bir düzenleme, Anayasanın 13. maddesindeki; "*Temel hak ve hürriyetler, ....Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ....sınırlanabilir....*" kuralına aykırı olacaktır. Bu durumda, koruma alanının dahi sınırlandırılmayacağı bir hakkın ayrıca özüne dokunulup dokunulmaması gibi bir tartışma yapmanın gereği bulunmamaktadır. Sınırlamanın sınırlarını oluşturan öteki güvenceler yönünden de aynı şekilde düşünülmelidir. Çünkü, hakkın koruma alanına -kamu yararı, kamu düzeni gibi dışardan kaynaklanan nedenlerle- bir sınırlama yapabilmek için 13. madde gereğince düzenlendiği ilgili maddede özel sınırlandırma nedeninin öngörülmesi zorunludur. Aksi bir uygulamayla, hakkında özel sınırlandırma nedeni bulunmayan bir temel hakkın koruma alanının salt sınırlandırılmış olması Anayasanın belirtilen kuralına aykırılık oluşturma bakımından yeterli olacağından bu sınırlamanın bir de 13. maddedeki ölçütler karşısında değerlendirilmesinin bir anlamı ve pratik sonucu bulunmayacaktır. Koruma alanını sınırlayan bu tür bir yasal

düzenlemenin hakkın özüne dokunmamış olması veya demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması Anayasanın 13. maddesinin anılan hükmüne aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.