

**ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN TEMEL HAK VE
HÜRRİYETLERİN SINIRLANDIRILMASI BAKIMINDAN
GETİRDİKLERİ VE GÖTÜRDÜKLERİ
(Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli
Hakkında Bir İnceleme)**

*The Advantages and Disadvantages of Constitutional Amendment on
Limiting the Basic Rights and Liberties*

*Doç. Dr. Kemal Gözler**

Anayasamızın ikinci kısmı temel hak ve ödevleri düzenlemektedir. İkinci kısım 12'nci maddeden 74'üncü maddeye kadar sürmekte ve toplam 62 adet maddeyi içermektedir. Şüphesiz ki bu 62 maddenin hepsinin ayrı bir önemi vardır. Ancak bu maddelerden biri en önemlisidir. Bu madde, 13'üncü maddedir. 13'üncü madde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini belirleyen bir çerçeve madde niteliğindedir. 13'üncü maddede öngörülen şartlar, bütün diğer maddelerde düzenlenen temel hak ve hürriyetlere uygulanabilir niteliktedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, 13'üncü maddenin öngördüğü şartlar ve sınırlar dahilinde mümkündür. Te-

* Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Bursa
(Gözler@uludağ.edu.tr).

mel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının güvenceli bir sisteme bağlanıp bağlanmadığı 13'üncü maddedeki şartlara göre belirlenir. Temel hak ve hürriyetlerin gerekli bazı durumlarda sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı yine 13'üncü maddedeki ölçütlere göre tayin edilir.

İşte böylesine önemli olan 13'üncü madde, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla¹ değiştirilmiştir.

Bu makalede Anayasa değişikliğiyle 13'üncü maddede ne gibi değişiklikler yapıldığı, bu değişikliklerin neler getirdiğini ve neler götürdüğünü incelemeye çalışacağız. İlk önce 13'üncü maddenin eski şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini kısaca hatırlatacağız. Daha sonra da, 13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini inceleyeceğiz.

13'üncü Maddenin Eski Şekli.- İlk önce 13'üncü maddenin ilk şeklini görelim:

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasasının ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.

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

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

Görüldüğü gibi 13'üncü maddenin ilk şekli, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını bazı şartlara bağlamıştı. Bu şartlar şunlardı²:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama (a) “genel sınırlama sebeplerine” veya (b) “anayasasının ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere” dayanmalıdır.
4. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.
5. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamalıdır.

¹ *Resmî Gazete*, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 (Mükerrer).

² Bu şartların incelenmesi hakkında bkz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.225-251.

Şimdi de 13'üncü maddenin 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla³ değiştirilmiş şeklini görelim:

Anayasa değişikliğinden sonra 13'üncü madde şu hâle gelmiştir:

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartları şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.
4. Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.
5. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.
6. Sınırlama “lâik Cumhuriyetin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.
7. Sınırlama “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olmamalıdır.

13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında benzerlikler ve farklılıklar vardır.

(I) Benzerlikler şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere dayanmalıdır.
4. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.

13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında bazı farklılıklar da vardır. Şöyle ki, Anayasa değişikliği bir yandan maddenin eski şeklinde bulunmayan bazı yenilikler getirmiştir. Ancak Anayasa değişikliği, maddenin eski şeklinde olan bazı şeyleri de yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla, 13'üncü maddede yapılan Anayasa değişikliğinin *getirdiği* ve *götürdüğü* şeyler vardır.

(II) Anayasa değişikliğinin getirdikleri şunlardır:

1. Temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunma yasağını getirmiştir.

³ *Resmî Gazete*, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 (Mükerrer).

2. Ölçülülük ilkesi getirmiştir.
3. Lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartını getirmiştir.

(III) Anayasa değişikliğinin götürdükleri ise şunlardır:

1. Genel sınırlama sebeplerini kaldırmıştır.
2. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılması yasağını kaldırmıştır.

Yukarıdaki plana uygun olarak ilk önce 13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında aynı olan hususları, sonra eski şeklinde olup da yeni şeklinde olmayan hususları, daha sonra da eski şeklinde olmayıp da yeni şeklinde olun hususları görelim.

I. BENZERLİKLERİ

Yukarıda belirtildiği gibi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi bakımından 13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında aynı olan hususlar vardır. Şu dört şart, 13'üncü maddenin eski şeklinde de yeni şeklinde de mevcuttur:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere dayanmalıdır.
4. Sınırlama "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı olmamalıdır.

Şimdi bunların ne anlama geldiğini kısaca açıklayalım:

A. SINIRLAMA KANUNLA YAPILMALIDIR

13'üncü maddenin eski şekli ve keza yeni şekli de temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesini kabul etmiştir. 13'üncü maddenin eski şekline göre "temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlanabilir". Yeni şekline göre de "temel hak ve hürriyetler... ancak kanunla sınırlanabilir". İki hüküm arasında "ancak" kelimesi farklıysa da, bu sadece bir vurgu farkından ibarettir. Bundan bir hukukî sonuç farkı doğması mümkün değildir. Dolayısıyla, yeni sistemde de, eski sistemde olduğu gibi temel hak ve hürriyetler, kanunla sınırlanabilir; yani, kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle veya diğer idarî işlemler ile sınırlanamaz.

B. SINIRLAMA ANAYASANIN İLGİLİ MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN SEBEPLERE DAYANMALIDIR

13'üncü maddenin eski şeklinin birinci fıkrasına göre, "temel hak ve hürriyetler..., Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle... sınırlanabilir". 13'üncü maddenin yeni şekline göre de "temel hak ve hür-

riyetler..., yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir” denmektedir. Bu tür sınırlama sebeplerine anayasa hukuku literatüründe “özel sınırlama sebepleri” denmektedir. Bu sınırlama sebepleri, kendi geçtikleri maddede düzenlenen temel hak ve hürriyet için geçerlidir. Yani, yasama organı bir özel sınırlama sebebine dayanarak sadece bu sebebin öngörüldüğü temel hak ve hürriyeti sınırlayabilir. Örneğin Anayasanın 23’üncü maddesine göre, “yerleşme hürriyeti... sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” amacıyla kanunla sınırlanabilir. Burada “sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” bir özel sebeptir. Yasama organı bu sebebe dayanarak sadece yerleşme hürriyetini sınırlandırabilir.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasamızda mevcut olan özel sınırlama sebepleri azaltılmamış tersine arttırılmıştır. Söyle ki, Anayasanın değişiklikten önceki şeklinin 20, 21, 22, 26, 31, 33, 34, 51’inde maddelerinde mevcut olmayan “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri”ni bir özel sınırlama sebebi olarak adı geçen maddelere eklemiştir. Böylece Anayasamızda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından özel sınırlama sebeplerinin sayısı son Anayasa değişikliğiyle arttırılmıştır.

C. SINIRLAMA ANAYASANIN SÖZÜNE VE RUHUNA UYGUN OLMALIDIR

13’üncü maddenin eski şekline göre birinci fıkrası, “temel hak ve hürriyetler... Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak... sınırlanabilir”. Maddenin yeni şekline göre de “sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna... aykırı olamaz”. Bu şart bakımından 13’üncü maddenin eski ve yeni şekilleri arasında bir fark yoktur.

D. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİNE UYGUNLUK

Anayasamızın 13’üncü maddesinin ilk şeklinin ikinci fıkrasına göre, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz”. 13’üncü maddenin değişik şekline göre ise, “sınırlamalar... demokratik toplum düzeninin... gereklerine aykırı olamaz”. Dolayısıyla bu şart bakımından 13’üncü maddenin yeni şekli ile eski şekli arasında bir fark bulunmamaktadır.

II. GETİRDİKLERİ

3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun getirdiği bazı yenilikler de vardır. Yani 13'üncü maddenin eski şeklinde olmayıp da, yeni şeklinde olan üç yeni şart bulunmaktadır. Bunlar şunlardır:

1. Temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunma yasağı getirilmiştir.
2. Ölçülülük ilkesini getirilmiştir.
3. Lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartını getirmiştir.

A. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN ÖZLERİNE DOKUNMA YASAĞI

Hakkın özüne dokunma yasağı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak 1961 Anayasasının 11'inci maddesi tarafından kullanılmıştır. 1982 Anayasası bu ölçütü benimsememiş, onun yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kullandığı ölçüt olan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünü benimsemiştir. Buna rağmen Türk anayasa hukuku doktrininde, 1961 Anayasasına bağlı kalan bazı yazarlar, "hakkın özü" kriterini her zaman savunmuşlar ve bu kriterin "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriterinden üstün olduğunu iddia etmişlerdir⁴. Bu iddialar doğruluğu ispat edilmiş değildir⁵.

Eleştiri.- Kanımızca, "hakkın özü" kriterine geri dönmüş olması bir talihsizliktir. Şöyle ki:

Bir kere, "hakkın özü" kriteri, belirgin bir kriter değildir. Bir hakkın özünün ne olduğu tartışmaya açıktır. Hakkın özü neresidir; "öz" olmayan ve dolayısıyla sınırlanabilecek olan kısmı neresidir? Bu iki kısım birbirinden nasıl ayrılabilir. Bunu objektif olarak tespit etmek, tanımlamak imkansızdır.

İkinci olarak, hakkın özü kriteri kullanışlı, operasyonel bir kriter de değildir. Şöyle ki, demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda sınırlanabilen birçok temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması, eğer hakkın özü krite-

4 Oktay Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992, s.188; İbrahim Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s.284; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, 1997, s.370-371; Naz Çavuşoğlu, *Anayasa Notları*, İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s.81; Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, BDS Yayınları, 1994, s.211.

5 Hakkın özü kriterinin eleştirisi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin savunulması için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.235-245.

ri esas alındığında mümkün olmamaktadır. Örneğin⁶ demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda mektuplar açılabilen ve telefonlar dinlenebilmektedir. Bizim ülkemizde de buna ihtiyaç olması pek tabiidir. Ama artık 13'üncü maddede hakkın özü kriteri getirildiği için, mektupların açılması veya telefonların dinlenmesi Anayasaya aykırı olur. Çünkü, mektubun açılmasıyla veya telefonun dinlenmesiyle bu hakkın özüne dokunulmuş olur⁷. Zira mektup açılınca veya telefon dinlenince, haberleşmenin gizliliği esası bütünüyle ve özüyle ortadan kalkmış olur; kendisine donulmayan bir öz artık kalmaz. Hakkın özü kriteri uygulanırsa, telefon dinleme imkânı kalmaz. Oysa demokratik hukuk devletlerinde haberleşmenin gizliliği ilkesine bazı durumlarda müdahale edilebilmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin de millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi vb. sebeplerle telefon dinlemeye ihtiyacı olacaktır. Ama Anayasa değişikliğiyle artık hakkın özüne dokunmak yasaklandığına göre, bunun yapılması Anayasanın 13'üncü maddesine aykırı olur. Diğer bir örnek olarak idam cezalarını ele alalım. Demokratik bir hukuk devletinde idam cezası uygulanabilir. Amerika Birleşik Devletleri gibi demokratik devletlerde uygulanmaktadır da. Oysa hakkın özü kriteri kabul edilirse, idam cezalarının infaz edilmesi mümkün değildir; çünkü idam cezası infaz edilince yaşama hakkından geriye dokunulmamış bir öz kalmaz. Zira, idam cezası infazı, yaşama hakkının sadece özüne dokunmamakta, aynı zamanda bu hakkı tamamıyla ortadan kaldırmaktadır⁸.

Nihayet temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir sınırı olarak, uluslararası sözleşmelerde kullanılan kriter, "hakkın özü" kriteri değil, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriteridir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.9/12, 10/2, 11/2) ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde hazırlanan Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi, hakkın özü kriterini değil, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini kullanmaktadır.

⁶ Örnek Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü tarafından verilmiştir (*Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, Birleşim 130, 16 Ağustos 1982, s.147).

⁷ 1961 Anayasası döneminde "hak ve hürriyetin özü" şu şekilde tanımlanıyordu: "Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan aslî çekirdeğidir" (Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s.82). Anayasa Mahkemesi de hakkın özünü şu şekilde tanımlıyordu: "Bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur" (Anayasa Mahkemesi, 4 Ocak 1963 tarih ve E.1962/208, K.1963/1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Cilt 1, s.74).

⁸ Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.231.

İşte 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 1980 öncesinin, bu tanımlanması güç, kullanılması mümkün olmayan, bazı temel hak ve hürriyetleri sınırlandırılmaz hâle getiren ve uluslararası sözleşmelerde kabul edilmemiş bir kavram olan “hakkın özü” kavramına geri dönmüştür.

Nihayet şunu da belirtelim ki, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği, hakkın özü kavramını 13’üncü maddeye eklemiş, ama onun alternatif kavramı olan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını 13’üncü maddeden çıkarmamış, böylece birbirine alternatif iki kavram aynı maddede yer alır hâle gelmiştir. Hiç olmazsa, hakkın özü kavramı 13’üncü maddeye eklenirken, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı bu maddeden çıkarılsaydı.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 13’üncü maddeye bir de “ölçülülük ilkesi” ilâve edilmiştir. Maddenin yeni şeklinde, “*bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” denmektedir. Bu ilkenin 13’üncü maddeye konulması kanımızca isabetli olmuştur. Zira, ölçülülük ilkesi 13’üncü maddenin eski şeklinde bulunmamaktaydı. Buna rağmen 1982 Anayasası döneminde (3 Ekim 2001 tarihine kadar) doktrin ve Anayasa Mahkemesi sanki 13’üncü maddede böyle bir ilke varmış gibi bu “ölçülülük ilkesi”nden bahsetmişlerdir. Doktrin bu yorumu ve Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı sadece bizim tarafımızdan eleştirilmiş ve bu yorumun ve içtihadın pozitif temelden mahrum olduğu, Anayasanın 13’üncü maddesinde “ölçülülük ilkesinin bulunmadığı tarafımızdan ileri sürülmüştür⁹. Ancak bizim görüşümüz kimse tarafından benimsenmemiştir. Bizim dışımızda bütün yazarlar¹⁰, 13’üncü maddede öngörülen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartları arasında ölçülülük ilkesini saymışlardır.

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle bizim haklı olduğumuz ortaya çıkmıştır. Zira, ölçülülük ilkesi, 13’üncü maddenin eski şeklinde olsaydı, bu ilkeyi bir kez daha koymağa gerek olmazdı.

⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.248-251.

¹⁰ Örneğin bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.81; Oktay Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992, s.161-171; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 1997, s.47-48; Christian Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s.133-137; Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1993, Cilt 10, s.25-48; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, 1997, s.365-366; Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s.284-294.

Eleştiri.- Anayasamızın 13'üncü maddesine ölçülülük ilkesinin ilâve edilmesi yerindedir. Ancak ilâve edilmiş formülü ("*bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*") yanlıştır. 13'üncü maddeye ilâve edilen "ölçülülük ilkesi" tabiri kanun yapma tekniğine aykırıdır. "Ölçülülük ilkesi" diye bir ilke, Anayasanın metninde geçtiğinde, sanki Anayasanın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesine veya doktrinin ürettiği bir ilkeye Anayasanın atıf yaptığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır. 13'üncü maddede, "sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" ifadesi yerine doğrudan "temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir" gibi bir ifade kullanılmalıydı.

Gerçekten de "ölçülülük ilkesi"nin kullanıldığı pozitif hukuk metinlerinde bu ilkenin adı geçmeden içeriği hüküm altına alınmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ölçülülük ilkesi, "*zaruri bulunduğunda derecede*" tabiri ile ifade edilmektedir. Keza, 1982 Anayasasının 15'inci maddesinde "sınırlamalar, ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" diye bir ifade yoktur; onun yerine "*durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir*" ifadesi kullanılmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir sınırı olarak "ölçülülük ilkesi", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülmüştür. Keza bizim Anayasamızın 15'inci maddesinde de "ölçülülük ilkesi" olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin durdurulması için öngörülmüştür. Ancak gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, gerek 1982 Anayasasının 15'inci maddesinde "sınırlamalar, ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" diye bir ifade yoktur. Bu maddelerde ifade edilen şeye "ölçülülük ilkesi" ismi doktrin tarafından verilmiştir. Pozitif hukuk metinleri kendi koydukları ilkelere isim vermez. O ilkenin içeriğini hüküm altına alır. Daha sonra doktrin ona isim verir. Anlaşılan o ki, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliğini kaleme alanlar, sadece tali kurucu iktidar değil, doktrin rolünü de üstlenmiş durumdadır!

C. LÂİK CUMHURİYETİN GEREKLERİNE UYGUNLUK ŞARTI

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğinin getirdiği bir yenilik de "lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramıdır. 13'üncü maddenin yeni şekline göre, "sınırlamalar..., lâik Cumhuriyetin gereklerine... aykırı olamaz". 13'üncü maddenin eski şeklinde, sınırlandırmanın sınırı olarak böyle bir şart yoktur.

Eleştiri.- Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartlarının düzenlendiği bir maddeye, bir şart olarak "lâik Cumhuriyetin gerekleri"ne uygunluk şartının ilâve edilmesinin mantığını anlamak mümkün değildir.

13'üncü maddede sayılanlar, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken uyulması gerekenler şartlardır. "Lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramı, nasıl olacak da, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir şart olarak rol oynayabilecektir? Lâiklik esas itibarıyla devletin resmî bir dininin olmasını ve devlet işleri ile din işlerinin ayrılmasını gerektiren bir ilkedir. Devlet işleriyle din işlerinin ayrılmasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemiyle ne gibi bir alakası olabilir? Bunu anlamak mümkün değildir. Kanımca, "lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramı, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi açısından operasyonel bir kavram değildir. Zira, lâiklik başka şey, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başka şeydir.

"Lâik Cumhuriyetin gerekleri" nelerdir ki, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bu gerekler bir kıstas olsun? Doktrinde laikliğin gerekleri konusunda birçok tartışma yapılmış olmasına rağmen, genellikle "laikliğin gerekleri" olarak sayılan şartlar şunlardır¹¹:

1. Devletin resmî bir dini olmamalıdır.
2. Devlet bütün dinler karşısında tarafsız olmalıdır.
3. Devlet bütün din mensuplarına eşit davranmalıdır.
4. Din kurumları ile devlet kurumları birbirinden ayrı olmalıdır.
5. Hukuk kuralları din kurallarına uymak zorunda olmamalıdır.

Nasıl olacak da laikliğin bu gerekleri temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir kriter olacaklardır? Nasıl olacak da örneğin, devletin resmî bir dininin olmaması temel hak ve hürriyetler için bir güvence oluşturacaktır? Keza nasıl olacak da din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden ayrı olması temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir sınır teşkil edecektir? Nasıl olacak da Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir kanunu "lâik Cumhuriyetin gerekleri"ne aykırı bulup iptal edecektir?

Lâiklik ve temel hak ve hürriyetlere saygı birbirinden tamamıyla bağımsız iki kavramdır. Diğer bir ifadeyle "lâik Cumhuriyet", "insan haklarına saygılı Cumhuriyet" demek değildir. Bir Cumhuriyetin lâik olması, onun insanların temel hak ve hürriyetlerine saygılı olduğu anlamına gelmez. Eski SSCB şüphesiz ki bir "lâik Cumhuriyet" idi; ama "insan haklarına saygılı bir Cumhuriyet" değildi.

¹¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.143-149; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.54-58.

Bu nedenlerle 13'üncü maddenin yeni şekline ilâve edilen "lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramı, anlamsız, gereksiz, kavram kargaşasına yol açmaktan başka bir işe yaramayan bir kavramdır.

III. GÖTÜRDÜKLERİ

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun götördükleri de vardır. Yani 13'üncü maddenin eski şeklinde olup da, yeni şeklinde olmayan şartlar da bulunmaktadır. 13'üncü maddenin eski şeklinde bulunan şu iki şart yeni şeklinde bulunmamaktadır:

1. Genel sınırlama sebepleri.
2. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılması yasağı.

A. GENEL SINIRLAMA SEBEPLERİNİN KALDIRILMASI

13'üncü maddenin eski şeklinin birinci fıkrasına göre,

"temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile... sınırlanabilir".

Türk anayasa hukuku literatüründe bu sebeplere "genel sınırlama sebepleri" denmekteydi. Toplam dokuz adet genel sınırlama sebebi vardı. Bunlar şunlardı:

1. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü
2. Millî egemenlik
3. Cumhuriyetin korunması
4. Millî güvenlik
5. Kamu düzeni
6. Genel asayiş
7. Kamu yararı
8. Genel ahlâk
9. Genel sağlık

Genel sınırlama sebepleri, adı üstünde "genel"di. Yani bu sebepler, temel hak ve hürriyetlerin hepsi için geçerliydi. Diğer bir ifadeyle, yasama organı bu genel sebeplerden herhangi birine dayanarak herhangi bir temel hak ve hürriyeti sınırlandırabilirdi. Bu husus Anayasanın 13'üncü maddesinin son fıkrasında da "bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" denerek açıkça belirtilmişti.

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliğiyle 13'üncü maddeden genel sınırlama sebepleri bir bütün olarak çıkarılmıştır. 13'üncü

maddenin yeni şeklinde genel sınırlama sebepleri yer almamaktadır. Dahası maddenin metninde “temel hak ve hürriyetler... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir” dendiğine göre, yorum yoluyla genel sınırlama sebebi de yaratmak mümkün değildir.

GENEL SINIRLAMA SEBEPLERİNİN KALDIRILMASININ ELEŞTİRİLMESİ

Kanımızca Anayasanın 13’üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması yanlış olmuştur; bundan şu sakıncalı sonuçlar doğabilecektir:

1. Bazı Hürriyetler Tamamıyla Sınırsız Hâle Gelmiştir

13’üncü maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucunda bazı hürriyetler tamamıyla sınırsız hâle gelmiştir. Zira, Anayasanın birçok maddesinde özel sınırlama sebebi belirtilmemiştir. Örneğin düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), hak arama hürriyeti (m.36), kanunî hakim güvencesi (m.37), ispat hakkı (m.39), vatandaşlık hakkı (m.74), kamu hizmetine girme hakkı (m.70), dilekçe hakkı (m.74) gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için ilgili maddelerde özel sebep belirtilmemektedir. Bu temel hak ve hürriyetler, 13’üncü maddenin eski şeklindeki mevcut genel sınırlama sebeplerine (kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık, vs.) dayanılarak sınırlanabilirlerdi. Şimdi 13’üncü maddeden bu genel sınırlama sebepleri çıkarıldığına göre, bu hak ve hürriyetlerin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasaya aykırı hâle gelir.

2. Bazı Hürriyetler Kısmen Sınırsız Hâle Gelmiştir

İkinci olarak Anayasanın 18-74’üncü maddeleri arasında sayılan temel hak ve hürriyetlerden bir çoğunda “özel sınırlama sebepleri” öngörülmüştür. Ancak hiçbir maddede, 13’üncü maddenin eski şeklinde yer alan dokuz sınırlama sebebinin hepsi sayılmamıştır. Dolayısıyla bu maddelerdeki temel hak ve hürriyetler, o maddede hangi sınırlama sebebi sayılmış ise, sadece ve sadece o sebeple sınırlandırılabilir; o madde de diğer sebepler (örneğin genel sağlık sebebi) sayılmadığına göre, o maddedeki o temel hak ve hürriyetin o sınırlama sebebiyle (örneğin genel sağlık) sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Örneklerle açıklayalım:

Örnek 1: Artık Karantina İlân Edilemeyecektir.- Seyahat hürriyeti 23’üncü maddeye göre, “suç işlenmesini önlemek” amacıyla sınırlandırılabilir. Ama maddede sayılan özel sınırlama sebepleri arasında “genel sağlık” sebebi yoktur. Dolayısıyla bir şehirde, bir kasabada veya bir köyde salgın

bir hastalık baş gösterirse orada karantina ilân edilmesi, yani oraya girilmesi veya oradan çıkılması yasaklanamayacaktır. Çünkü, 13'üncü maddenin yeni şeklinde, genel sınırlama sebebi olarak "genel sağlığı korunması" sebebi bulunmadığına ve keza 13'üncü maddenin yeni şeklinde "temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir" dendiğine göre bunun yapılması Anayasamıza aykırı olacaktır. Oysa salgın hastalık durumunda karantina ilân edilmesi, seyahat hürriyetinin sınırlandırılması tamamıyla gerekli ve makul bir şeydir ve tüm demokratik hukuk devletlerinde görülür.

Örnek 2.- Artık İsteyen İsteddiği Yerde Kurban Kesebilecektir.- Anayasamızın 24'üncü maddesinde kişilerin ibadet hürriyeti tanınmıştır. 14'üncü maddenin ikinci fıkrasına göre ibadet hürriyetinin 14'üncü madde hükümlerine uygun olarak sınırlanabilir. 14'üncü maddede ise bir sınırlandırma sebebi olarak genel sağlık sebebi, hatta kamu düzeni sebebi bile yoktur. Dolayısıyla Anayasa değişikliğinden sonra artık Türkiye'de ibadet hürriyetini kamu düzeni sebebi veya genel sağlık sebebiyle sınırlandırmak mümkün değildir. Bunun yol açacağı fevkalâde sakıncalı durumlar olacaktır. Örneğin kurban bayramında yaya kaldırımı üzerinde kurban kesen vatandaşlarımıza artık polisin veya zabitanın müdahale etmeye hakkı yoktur. Çünkü, bu vatandaşlarımız, kurban keserek Anayasamızın 24'üncü maddesi tarafından güvence altına alınmış ibadet hürriyetlerini kullanmaktadırlar. Bu hürriyete ise ancak 14'üncü madde de sayılan sebeplerle müdahale edilebilir; oysa 14'üncü maddede de genel sağlık sebebi yoktur. Hatta bir kişi yaya kaldırımında değil, yolun ortasında kurban kesip trafiğin işlemesine engel olsa bile, bu kişiye polisin müdahale etmesi Anayasa aykırı olur; çünkü Anayasamıza göre, artık, 13'üncü maddeden kamu düzeni sebebi çıkarıldığına göre, kamu düzeni ile ibadet hürriyeti çatıştığında kamu düzeni değil, ibadet hürriyeti üstün gelir.

3. İsimsiz Hürriyetler Sınırsız Hâle Gelmiştir

Nihayet, demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve hürriyetler Anayasada sayılanlardan ibaret değildir. Her insan fiili bir hürriyet konusudur. Oysa Anayasamızda 18-74'üncü maddeler arasında tanınmış sınırlı sayıda hürriyet vardır. Bunların dışında daha pek çok hürriyet olabilir. Anayasada sayılmamış bu tür hürriyetlere, anayasa hukuku doktrininde, "isimsiz hürriyetler" denmektedir¹². Bu hürriyetler de Anayasanın 12'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca Anayasanın koruması altındadırlar. Dolayısıyla ancak 13'üncü maddenin şartlarına uyularak sınırlandırılabilirler. 13'üncü

¹² Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.214-216

maddeden “genel sınırlama sebepleri” çıkarıldığına göre, bu “isimsiz hürriyetler” hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak hürriyetler haline gelmiştir. Oysa bunlar genellikle daha önemsiz oldukları için Anayasada düzenlenmeye ihtiyaç duyulmamıştır. Anayasa değişikliğinden sonra öyle bir durum ortaya çıkmıştır ki, önemli olan ve Anayasada ayrıca düzenleme şansına ulaşan hürriyetlerin sınırlandırılması mümkün iken, bunlardan daha önemsiz olan ve bu nedenle Anayasada düzenlenmeyen temel hak ve hürriyetler, sınırsız hâle gelmiştir.

Örnek: Artık Kamuya Açık Yerlerde Sigara İçilmesini Yasaklayan 4207 Sayılı Kanun Anayasaya Aykırı Hâle Gelmiştir.- “Sigara içilmesi” böyle bir isimsiz hürriyettir ve ülkemizde belli yerlerde sigara içilmesi genel sağlık sebebiyle haklı olarak 4207 sayılı Kanunla yasaklanmıştır. Bu hürriyetin sınırlandırılması 13’üncü maddenin eski şekline göre genel sağlık sebebine dayandığı için Anayasaya uygundu. Ancak 13’üncü maddeden genel sağlık sebebi çıkarıldığına göre, belirli yerlerde sigara içilmesini yasaklayan 4207 sayılı Kanun artık Anayasaya aykırı hale gelmiştir.

Sonuç olarak, 13’üncü maddenin yeni şekline göre, artık Anayasada yer alan bazı hürriyetlerin sınırlandırılması hiçbir şekilde mümkün değildir; diğer bazılarının ise sadece ilgili maddede belirtilen özel sebeplerle sınırlandırılabilmesi mümkündür; Anayasada sayılmayan “isimsiz hürriyetler”in ise sınırlandırılması artık olanaksız hâle gelmiştir.

B. SINIRLAMANIN ÖNGÖRÜLDÜĞÜ AMAÇ DIŞINDA KULLANILMASI YASAĞININ KALDIRILMASI

Anayasanın 13’üncü maddesinin eski şeklinin ikinci fıkrasına göre, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz”. Bu şu anlama gelmektedir ki, bir temel hak ve hürriyete hangi amaçla sınırlandırma getirilmiş ise, bu sınırlandırma, sadece o amaç dahilinde kullanılabilirdi. Bu hüküm “sınırlandırmanın sınırı” niteliğinde temel hak ve hürriyetler için bir güvence teşkil eden bir hükümdü. Bu hüküm Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 13’üncü maddenin yeni şeklinde böyle bir şart artık yoktur. Acaba artık, belirli bir amaçla yapılan sınırlamanın başka bir amaçla kullanılabilmesinin Anayasa aykırı olduğunu nasıl savunabileceğiz? Kanun koyucu belli bir maddede öngörülen sınırlama amacını bahane ederek bir başka bir amaca ulaşmak için sınırlamalar yaparsa, kanun koyucunun yaptığı bu düzenlemenin Anayasa aykırı olduğunu artık nasıl iddia edebileceğiz? Kanımızca bu hükmün çıkarılması da yanlış olmuştur.

SONUÇ

Anayasa hukukunun temel problemlerinden birisi hürriyet ile otorite arasında bir denge kurmaktır. Hürriyet-otorite dengesinde otorite ağır basarsa, orada yaşamayı kimse istemez. Ancak, bu dengede hürriyet ağır basar ve otorite tamamıyla ortadan kalkarsa, anarşi ortaya çıkar. Her anayasa koyucu, kendi toplumunun özelliklerini göz önünde bulundurarak hürriyet-otorite ikilisinden birisine biraz daha fazla ağırlık verse de, bu dengeyi tamamıyla bozmaya cesaret edemez. 1982 Anayasa koyucusu da, hürriyet-otorite ikilisinden otoriteye daha ağırlık verdiği iddia ediliyor olsa da, hürriyet-otorite dengesinden vazgeçmiş değildir. 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinin eski şeklinde de otoritenin temel hak ve hürriyetlere müdahale etmesini makul şartlara bağlanarak, temel hak ve hürriyetler güvence altına alınmıştır.

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle hürriyet-otorite dengesinin hürriyet lehine bozulduğu söylenebilir. Zira, 13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması gerçekleşmesi çok zor şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.
4. Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.
5. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır.
6. Sınırlama lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.
7. Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

Türkiye dışında başka hiçbir demokratik devlette temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bu kadar çok sayıda ve bu kadar zor şartlara bağlanmamıştır. Kaldı ki, 13'üncü maddenin yeni şeklinden genel sınırlama sebepleri çıkarılarak Anayasada yer alan bazı hürriyetler, sınırsız hürriyetler hâline getirilmiş; diğer bazılarının ise sadece ilgili maddede belirtilen özel sebeplerle sınırlandırılabilmesine imkân tanınmış; Anayasada sayılmayan "isimsiz hürriyetler" in ise sınırlandırılması olanaksız kılınmıştır. Dolayısıyla 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinin yeni şekline göre birçok hürriyet "sınırsız" hâle gelmiştir. Demokratik bir hukuk devletinde "sınırsız hürriyetler" e yer yoktur. Çağdaş demokratik devlet düzenlerinde her hürriyet, kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık veya bir başka hürriyetle çatıştığı ölçüde sınırlandırılabilir. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği bu anlayıştan uzaklaşmıştır.