

# Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler\*

Zühtü Arslan\*\*

Bu yazı, 4709 sayılı Kanunla değiştirilen Anayasa'nın 13. maddesinin yeni formülasyonunu irdelemeyi hedeflemektedir. Anayasadaki belki de en radikal değişiklik 13. maddede gerçekleşti. Kimi yazarlar bunu "çıgır açıcı" bir değişiklik olarak değerlendirmektedir.<sup>1</sup> 13. maddeyle ilgili bu yargıyı, daha çok, maddenin "genel sınırlama" hükmü olmaktan çıkartılması ve "öz güvencesi"ni içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi temellendirmektedir. Ancak biraz yakından bakıldığında yeni 13. maddenin bazı çelişkileri de beraberinde getirdiğini görmek mümkün. Burada, özellikle "hakların özüne dokunma" yasağı ile "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünün birarada uygulanmasının doğurabileceği sorunlara değinilecektir. Öncelikle, 2001 anayasa değişikliklerinin genel yönelimi üzerinde durulacak, bu anlamda 1961 Anayasasıyla kısa bir karşılaştırma yapılacaktır.

Daha sonra da 1961 Anayasası, 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eklektik bir bileşimi hâline getirilen 13. maddenin analizine geçilecektir. Sonuç kısmında ise 13. maddedeki potansiyel çelişki ve problemlerin Anayasa Mahkemesi'nin tutarlı yorumlarıyla aşılabileceği görüşü dile getirilecektir.

## 2001 Anayasa Değişiklikleri : Bir "Anayasal Reenkarnasyon" mu?

1982 Anayasası'ndaki değişiklik yönelimlerinin 1961 Anayasası'yla karşılaştırılması ortaya ilginç sonuçlar çıkaracaktır. Özgürlük ve otorite arasında gidip gelen anayasa sarkacının, 1961 Anayasası döneminde gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinde özgürlükten otoriteye doğru hareket ettiğini biliyoruz.<sup>2</sup> Anayasanın getirdiği "özgürlükçü" düzen, Türkiye için "lüks" kabul edilmeye başlan-

\*\* Doç. Dr., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> C. Eroğul, "Altıncı Anayasa Değişikliği", *Mülkiye*, Sayı 231 (Kasım Aralık 2001), s. 274.

<sup>2</sup> Özgürlük-otorite dengesi açısından 1961 ve 1982 Anayasalarının karşılaştırıldığı bir çalışma için bkz. M. Soysal, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırılması)", *Anayasa Yargısı* 1, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984), s. 11-20.

dığı andan itibaren sınırlama yönündeki eğilimler ve çabalar güç kazanmıştır. Nitekim 1971 ve 1973 değişiklikleri ile anayasanın özgürlükçü yönü oldukça törpülenmiştir. Bu değişikliklerle, örneğin, asker-sivil ilişkilerinde önemli bir rol oynayan Millî Güvenlik Kurulu'nun konumu güçlendirilmiştir. 111. maddede yapılan değişiklikle, kurula millî güvenlikle ilgili temel görüşlerini Bakanlar Kurulu'na "bildirme" yerine "tavsiye etme" imkânı tanınmıştır. Böylece MGK'nın "siyasal ağırlığı arttırılmış"tır.<sup>3</sup> Aynı şekilde 1961 Anayasası'nın 11. maddesi genel sınırlama hükmü hâline getirilmiştir.<sup>4</sup>

1982 Anayasası'ndaki değişiklikler ise daha ziyade otoriteden özgürlüklere yönelik bir eğilimi ifade etmektedir. "Özgürlükçü" 1961 Anayasası üzerinden on yıl geçmeden Türkiye'ye "lüks" gelirken, "otoriter" 1982 Anayasası da özellikle Avrupa Birliği'yle entegrasyon sürecinde ülkeye "dar" gelmeye başlamıştır. Anayasa'nın 118. maddesindeki deği-

şikliklerle MGK'nın siyasal ağırlığını azaltmaya yönelik adımlar atılmıştır. Bu çerçevede kurulun sivil üyelerinin sayısı artırılmış, kurul kararlarının "tavsiye" niteliğinde olduğu vurgulanmış<sup>5</sup> ve bu kararların Bakanlar Kurulu'nca "öncelikle dikkate alınması" yerine sadece "değerlendirilmesi" öngörülmüştür. Daha da önemlisi, 13. maddedeki değişiklikle genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve sınırlamaların sınırı olarak "öze dokunmama" ölçütü eklenmiştir. Böylece temel hakların güvencesi açısından bir anlamda 1961 Anayasası'nın da ilerisine geçilmiştir.<sup>6</sup>

Anayasa değişikliklerinin 1961 Anayasası'yla benzerlik ya da karşıtlık ilişkisiyle değerlendirilmesi haklı bir nedene dayanmaktadır. 12 Eylül ile birlikte anayasa müzimizdeki yerini almasına karşın, 1961 Anayasası'nın hayaleti hep üzerimizde dolaşmıştır. Akademik ve siyasal/hukuksal mekânlarda "61 ruhu"na karşı nostaljik duygular eksik olmamıştır. Nihayet yapılan anayasa değişiklikleriyle bu ruh, önemli ölçüde 1982 Anayasası'yla buluşturulmuştur. Bu bir "anayasal reenkarnasyon" olayıdır; 61 ruhunun 1982 Anayasası'nın bedeninde yeniden yaşama dönmesidir.<sup>7</sup> Ancak ortaya garip bir durum çıkmıştır. Bir yandan 1961 Anayasası'nın ruhu mevcut anayasaya girerken, diğer yandan da

<sup>3</sup> Bkz. C. Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, (çev. B. Oder), (Ankara: Friedrich Nauman Vakfı, 1995), s. 34.

<sup>4</sup> 1971 değişikliğinden önce (hatta değişiklikten sonra da) 11. maddenin genel sınırlama maddesi olup olmadığı çok tartışılmıştır. Bu tartışmaya 11. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme neden olmuştur. Buna göre "Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz". Bu hüküm iki şekilde yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin de benimsediği görüşe göre, 11. madde bütün haklar için geçerli olan bir genel sınırlama maddesidir (Bu konuda bkz. F. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, (Ankara: AÜ. SBF Yayınları, 1982), s. 63-71). Diğer bir görüşe göre ise 11. madde bir genel sınırlama maddesi değildir. Kamu yararı ve genel ahlâk gibi kavramların maddede zikredilmesi "hiçbir sebep ve bahane ile, hürriyetin özünü dokunulamayacağını" gösterme amacına matuftur. Bkz. B. N. Esen, *Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, (Ankara: AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966), s. 51. Aynı yönde bkz. T. Z. Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3.baskı, (İstanbul: Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), s.3 40; M. Soysal, *Anayasaya Giriş*, İkinci yayınlığı, (Ankara: AÜ SBF Yayınları, 1969), s. 246 ve B. Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982*, 3.Tıpkı Basım, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1994), s. 134.

<sup>5</sup> Buradaki ironi dikkat çekicidir. 1971 değişiklikleriyle MGK kararlarının "tavsiye" niteliğinde olması kurulu güçlendirmeye yönelik bir adımken, 2001 değişiklikleriyle kararların "tavsiye" niteliğinde olması kurulun siyasal sistemdeki etkisini zayıflatmaya yönelik bir düzenleme olarak düşünülmüştür.

<sup>6</sup> Eroğul, "Altıncı Anayasa Değişikliği", s. 274.

<sup>7</sup> Bu "anayasal reenkarnasyon"un sembolik göstergelerinden biri 14. maddede bulunabilir. 1961 Anayasası'yla bütünleşen "insan haklarına dayanan Cumhuriyet" kavramı, 2001 değişiklikleriyle 1982 Anayasası'na da girmiştir. Böylece, iki anayasanın savunucuları arasında tartışma konusu olan "insan haklarına saygılı" / "insan haklarına dayanan" devlet ayrımı da büyük ölçüde önemini yitirmiştir. 1982 Anayasasına göre Türkiye Cumhuriyeti, hem "insan haklarına saygılı" (2. madde) hem de "insan haklarına dayanan" (14. madde) bir devlet hâline gelmiştir.



“aslı ruh” muhafaza edilmeye çalışılmıştır. Böylece ortaya iki ruhlu hatta, Strasbourg ruhunu da kattığımızda, üç ruhlu garip bir yaratık çıkmıştır. Bu üç ruhun yansımalarını birarada görebileceğimiz belki de en uygun maddede Anayasanın 13. maddesidir. Şimdi 13. maddenin ruh çözümlemesine geçebiliriz.

### 13. Maddenin Üç Hâli

13. madde, değişiklikten sonra şu şekli almıştır: “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.” Bu maddede yapılan değişiklikler “gidenler” ve “gelenler” olarak iki gruba ayrılabilir. Bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama nedenleri gitmiştir. Gelenler de en az gidenler kadar önemlidir. Hakların özü, lâik cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesi 13. maddeye sınırlamaların sınırı olarak ilâve edilmiştir. Bu hâliyle de 13. madde, 1961 Anayasası’nın getirdiği koruma sisteminin ilarisine geçmiştir. Zira sınırlamaların sınırı olarak kullanılacak ölçütler artırılmıştır.

Ancak 13. madde bakımından gidenler ve gelenlerin ortak bir noktası vardır: Her ikisi de beraberinde yeni soru işaretleri getirmiştir. Gerçekten genel sınırlama nedenlerinin anayasadan çıkarılması, temel hakların sınırlandırılması bakımından bazı sorunlar doğurabilir.<sup>8</sup> Anayasada düzenlenen hak ve hürriyetlerin bazılarında “özel” sınırlama nedenleri bulunmamaktadır. Oysa bu hak ve hürriyetler, mutlak ya da çekirdek haklar kategori-

sine de dahil değildir. Sözcülemi, Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen “sözleşme özgürlüğü”ne yönelik bir sınırlama getirilmiş değildir. Eğer bu maddenin ikinci fıkrasındaki, devlete “özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini” sağlama ödevini yükleyen hükmü çok geniş yorumlamazsak, konusu açıkça kamu yararına ya da millî güvenliğe aykırı sözleşmelerin anayasaya aykırılığında sorunlar çıkacaktır. Daha tipik bir örnek, anayasanın yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen hükmüdür. Gerçekten de 23. maddede, seyahat özgürlüğünü sınırlama nedenleri arasında “genel sağlık” bulunmamaktadır. Bu durumda, bulaşıcı hastalık nedeniyle bir bölgede karantina ilân edildiğinde, dolayısıyla “genel sağlık” gerekçesiyle seyahat hürriyeti kısıtlandığında, bunun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.<sup>9</sup> Diğer bir problem, “genel ahlâk”ın korunması şeklinde ifade edilen sınırlama nedeninin ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddede yer almamasıdır.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> K. Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?: 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, (Bursa: Ekin Kitabevi yayınları, 2001), s. 9.

<sup>10</sup> Bu eksikliğin, eğer “ahlâk” konusunda ultra-liberal bir yaklaşımın eseri değilse, basit bir unutkanlığın sonucu olduğu açıktır. Genel ahlâk kavramı, 1961 Anayasası’ndaki 11. maddenin hem orijinal hâlinde hem de 1971 değişikliğinde korunmuş genel sınırlama nedenlerinden biridir. Anayasa Mahkemesi’ne göre genel ahlâk deyimi, “belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır.” (E.1963/128, K.1964/8, K.T. 28.1.1964, *AMKD* 2, s. 38). Genel ahlâkın taşıdığı anlamın “kolayca anlaşılır” olması tartışmalıdır, ancak bu kavramın hemen bütün uluslararası insan hakları belgelerinde bir sınırlama nedeni olduğu kesindir. Örneğin, ifade özgürlüğü konusunda klinik dava niteliğindeki *Handyside/İngiltere* kararında AİHM, İngiltere’nin “Küçük Kırmızı Okul Kitabı” başlıklı, çocuklara cinsel eğitim vermek amacıyla basılan bir kitabı yasaklamasını, 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen “ahlâkın korunması” nedenine dayanarak, ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir. (*Handyside v. United Kingdom*, 7.12.1976, (1979-80) 1 *EHRR* 737). 2001 Anayasa değişikliklerinin ifade özgürlüğü açısından değerlendirildiği

<sup>8</sup> Bu konuda bkz. K. Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4 (2001), s. 63-66.

Genel sınırlama nedenlerinin 13. maddeden çıkarılmasının yaratacağı muhtemel sınırlamalar, (a) Anayasa koyucunun unutulmuş sınırlama nedenlerini ilgili maddelere eklemesi ya da (b) anayasal bütünlük içerisinde anayasadaki diğer sınırlama hükümleri dikkate alınarak giderilebilir. Esasen anayasal sınırlar konusunda yeterince “cömert” olan bir anayasada “sınırlama güçlüğü” kolayca aşılabılır.<sup>11</sup> Dolayısıyla asıl üzerinde durulması gereken husus, sınırlamaların sınırı olarak getirilen ölçütlerdir.

### 1) 1961 Ruhü: Öz Güvencesi

Öz güvencesi, 1961 Anayasası'na “sınırlamanın sınırı” ölçütü olarak Alman Anayasası'ndan

<sup>10</sup> bir çalışma için bkz. O. Can, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, *Liberal Düşünce*, 24 (Güz 2001), s. 89-116.

<sup>11</sup> Bu noktada Başlangıç, 12. madde ve 14. madde hemen akla gelen sınırlama hükümleridir. Başlangıç'ın bazı kelime oyunları ile değiştirilmeye çalışılan 5. paragrafı hâlâ temel hakları sınırlayıcı özelliğini korumaktadır. “Türk millî menfaatleri”, “Türk varlığı” ve “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri” gibi kavramlar ve değerler karşısında koruma göremeyecek olan “düşünce ve mülâhaza”nın “faaliyet” ile değiştirilmesi, bu hükmün sınırlayıcı etkilerini çok da etkilemeyecektir. Anayasa'nın bu değerler çerçevesinde anlaşılması ve yorumlanması zorunluluğu ve Anayasa Mahkemesi'nin Başlangıç hükümlerini “anayasallık bloku” içinde bağımsız ölçü norm olarak kullandığı dikkate alındığında, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Başlangıç'ın önemli bir rol oynayacağını söylemek mümkündür (Bu konuda bkz. M. T. Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı olarak Başlangıç İlkeleri”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22 (Bahar 2001), s. 46-58). Diğer yandan Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci paragrafı da genel nitelikte bir sınırlama kaynağı olarak yorumlanmaya müsaittir. Nitekim, “Temel Haklar ve Ödevler” kısmının “Genel Gereğesi”ne göre “Hak ve hürriyetlerin ilk sınırı, bunların kendi bünyesi ve cevherinde yer almaktadır.” (*Gereğeli Anayasa*, (Ankara: Değişim Yayınları, 1984), s.12) Böylece hak ve özgürlükler için geçerli “içkin sınırlamalar” a dikkat çekilmiştir (Bkz. Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, s.125). Son olarak, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. madde de “genel bir yasaklama ve yaptırım (müeyyide) hükmü” olarak yorumlanmaya müsaittir. Tanör, *İki Anayasa*, s. 135. Bu konuda ayrıca bkz. O. Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992), s. 63 vd.

aktarılmıştır. Bu güvence, “mümkün olan yasal sınırlama yapılırken dahi temel hakların çekirdek çevresine değmemek” yükümlülüğünü ifade etmektedir.<sup>12</sup> Ancak, burada temel problem dokunulmayacak “öz”ün belirlenmesidir. Zira bu öz, her hak ve özgürlük için değişik nitelik taşıyabilmektedir. Nitekim, 1961 Anayasası'nı hazırlayan Anayasa Komisyonu sözcüsünün özün tanımlanmasının imkânsız olduğunu vurgulayan ve Anayasa Mahkemesi'nin de alıntılacağı şu ifadeleri dikkat çekicidir: “Bu öz, her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır, belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumiye yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tespit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de, buna şekil verir.”<sup>13</sup>

Anayasa Mahkemesi, öz güvencesine Alman Anayasa Mahkemesi'ne oranla, daha sık başvurmasına karşın, “belli bir formülü tekrarlama dışında bu konuya fazla bir açıklık getirmiş değildir.”<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi'nin tekrar ettiği formül şudur: “bir hak ve hürriyetin gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını

<sup>12</sup> K. Doehring, *Genel Devlet Kuramı Genel Kamu Hukuku: Sistematik Bir Yaklaşım*, çev. A. Mumcu, (İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002), s. 266.

<sup>13</sup> E.1963/128, K.1964/8, K.T. 28.1.1964, *AMKD* 2, s. 38. Bu ifadeler, Alman Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımıyla paralellik arz etmektedir. “Mahkemeye göre öz güvencesinin içeriği her temel hak için, onun tüm temel hak sistemi içindeki özel önemi gözönünde tutularak tespit edilmelidir.” (Bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması*, s. 164.). Mümtaz Soysal'a göre de “bir hakka ya da özgürlüğe ilişkin “öz”ün nerede bittiği, “öz olmayan”ın nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak Anayasa Mahkemesi'nin o konudaki kararıyla çözüme bağlanabilecek olan bir sorunu(r).” M. Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Altıncı Baskı, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986), s. 197.

<sup>14</sup> Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması*, s. 145. Sağlam, öğretinin de hakların özü kavramına açıklık getirecek kriterler geliştirme noktasında Anayasa Mahkemesi'ne yardımcı olmadığını, dahası mahkemenin pratikte geliştirdiği kriterleri benimsemekle yetindiğini belirtmektedir. Bkz. *ibid.*, s. 171 vd.



son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması hâlinindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunmuş olması söz konusu edilebilir.”<sup>15</sup> Mahkeme’ye göre “kanunun koyduğu sınırlama, özgürlükleri yok etmemeli, temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasına engel olucu ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımalıdır.”<sup>16</sup> Buna göre bir hakkın özü, “her temel hak açısından kişiye, dokunulmaz, asgarî bir alan güvencesi veren, artık daha fazla sınırlama yapılmasını olanaksız kılan bölümdür, mutlak çekirdektir.”<sup>17</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Alman Anayasa Mahkemesi öz güvencesine nadiren başvurmak ve bu güvenceyi nihaî ölçüt olarak kullanmak yoluyla, hakkın özünü belirleme gibi zorlu ve çetrefil bir işten kendini alıkoymaktadır.<sup>18</sup> Oysa Anayasa Mahkemesi, sadece 1961 Anayasası döneminde değil, 2001 Anayasa değişikliklerine kadar öz güvencesine yer vermeyen 1982 Anayasası<sup>19</sup> dönemin-

de de bu kavramı kullanmayı tercih etmiştir. 13. maddenin yeni formülü Anayasa Mahkemesi’ni öz güvencesini öncelikle ve daha sık şekilde kullanmaya zorlamaktadır. Eğer lâfzî sıralamayı esas alacak olursak, özel sınırlama sebeplerine dayanılarak kanunla yapılan sınırlamaların öncelikle hakkın özüne dokunmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, sınırlamanın sınırları bakımından öz güvencesi âdetâ bir “ön koşul” olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer, sınırlama hakkın özüne dokunmuyorsa diğer ölçütlere uygunluğun denetimine geçilebilecektir. Oysa buradaki temel sorun, sıralamanın alt üst edilmiş olmasıdır. Öz güvencesi, hakların sınırlandırılmasını demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne nazaran çok daha zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, öze dokunmama “sınırlamanın son sınırı” olarak kabul edilmektedir.<sup>20</sup>

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde öze dokunmama ölçütünü kimi zaman dar kimi zaman da geniş yorumlamıştır. Sözgelimi, ilk kararlarından birinde mahkeme, 27 Mayıs müdahalesini korumayı amaçlayan ve “Tedbirler Yasası” olarak bilinen 38 sayılı yasaı ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir. Mahkemenin bu kararda ulaştığı sonuç, hem öz güvencesinin uygulanması hem de ifade özgürlüğünün norm alanının belirlenmesi bakımından dikkat çekicidir. Mahkemeye göre iptale konu maddeyle getirilen kayıtlama,<sup>21</sup> “vatandaşın 27 Mayıs Devrimi hakkında herhangi bir kanaat

<sup>15</sup> E.1963/17, K.1963/84, K.T. 8/4/1963, *AMKD* 1, s. 180. Anayasa Mahkemesi, toplantı ve gösteri yapmak için bildirimde bulunma yükümlülüğü getiren hükmün anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaştığı kararında öz formülünü şu şekilde ifade etmiştir: “herhangi bir konuda yapılmak istenen toplantı ve gösteriyi açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hâle koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte” olan hükümler öze dokunur. E. 1962/208, K.1963/1, K.T. 4.1.1963, *AMKD* 1, s. 61.

<sup>16</sup> E. 1976/27, K.1976/51, K.T. 18/22.11.1976, *AMKD* 14, s.368. Öz güvencesi bakımından ifade edilen bu ölçütleri destekleyici mahiyette bazı önerilere yer verilmektedir. Haklara yönelik sınırlama (a) “yargısal denetim olanağını sembolik düzeye indirgememeli”, (b) “serbest kamuoyu oluşumu(nu), dolaylı bir yoldan da olsa, önceden denetime ve izne tâbi” kılınmalı ve (c) “insan haysiyeti”ni zedelememelidir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması*, s. 188

<sup>17</sup> Soysal, *Anayasanın Anlamı*, s. 198.

<sup>18</sup> Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması*, s. 144-145.

<sup>19</sup> Bir görüşe göre ilk hâliyle 13. madde öz güvencesine yer vermemiş olsa da, bu güvencenin “temel hakların anayasa tarafından güvenceye alınmasında içeriliyor” olduğunu varsaymak mümkündür. Bkz. Y. Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, 6. Bası, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2000), s. 49. Değişiklik öncesinde 1982 Anayasası’nda “öz güvencesi”ni

kullanmaya engel hiçbir pozitif hükmün olmadığı yönündeki görüş için bkz. Y. Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Konya: Mimoza, 2000), s. 105-106.

<sup>20</sup> Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması*, s. 156.

<sup>21</sup> 38 sayılı yasanın iptale konu olan hükmü, “27 Mayıs Devrimini söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle, yersiz, haksız veya gayrimeşru gösterenler veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde böyle göstermeye çalışanlar” için cezaî müeyyide öngörmekteydi. Bkz. E.1963/, K.1963/84, K.T. 8.4.1963, *AMKD* 1, s. 177.

beslemesini men edici” mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç âlemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tâbi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (A) bendi ile bazı kayıtlamalara tâbi kılınmıştır.<sup>22</sup> Mahkeme şu sonuca ulaşmıştır: “Bu bakımdan 38 sayılı kanunla yapılan kayıtlama, düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımamakta, sadece toplum hayatını zarardan korumayı ve güvenliği sağlamayı hedef tutmaktadır.”<sup>23</sup> Oysa mahkeme, daha sonra “toplumsal hayatın zarardan korunması” ve “güvenliğin sağlanması” amaçlarının çok daha bariz olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını sınırlayan bir yasal hükmü öz güvencesine aykırı bulmuştur. 1976 yılında verdiği bir kararda mahkeme, mülkiye amirinin emriyle toplantı ve gösteri yürüyüşünün on günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere ertelenmesine ilişkin düzenlemeyi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunur nitelikte bulmuştur.<sup>24</sup> 1982 Anayasası’nın toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını düzenleyen 34. maddesi, biraz da tepkisel olarak, ana-

yasada belirtilen nedenlere dayanarak belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü iki aya kadar erteleme, hatta yasaklama yetkisini “kanunun gösterdiği yetkili merci”ye vermiştir. Ancak son anayasa değişikliğiyle bu hüküm 34. maddeden çıkartılmıştır. Bu durumda, mevcut Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’ndaki erteleme ve yasaklama hükümlerinin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunup dokunmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Aslında bu tür soru(n)lar, 1982 Anayasası’nı hazırlayanları “henüz ‘öz’ü bilinmeyen bir kavram”<sup>25</sup> olan öz güvencesinden yüz çevirmeye ve yeni bir kriter aramaya zorlamıştır. Yeni kriterin adresi de bellidir: Strasbourg!

## 2) Strasbourg Ruhü: Demokratik Toplum Düzeni

1982 Anayasası’nı hazırlayanlar, öz kavramının “müphem”, “dağınık”, “bulutlu”<sup>26</sup> bir kıtas olduğundan hareketle sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplumun gerekleri kıtasını getirmişlerdir. Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü’ye göre “demokratik toplum gereğinin ne olduğunu bilmek, özü tayin etmekten çok daha kolaydır”.<sup>27</sup>

13. maddenin gerekçesinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün tercih edilmesinin nedenleri şu şekilde ifade edilmiştir: “Hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır. Getirilen bu kıtas, 1961 Anayasası’nın kabul ettiği “öze dokunmama” kıtasından daha belirgin, uygulaması daha ko-

<sup>22</sup> *AMKD* 1, s. 180.

<sup>23</sup> *AMKD* 1, s. 181. Anayasa Mahkemesi, 38 sayılı kanunun 4. maddesinin iptali istemiyle açılan davada da aynı sonuca ulaşmıştır. Bkz. E.1963/25, K.1963/8, K.T. 8.4.1963, *AMKD* 1, s. 187.

<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesi, bu konudaki kararını şu şekilde özetlemiştir: “a) Toplantı ve gösteri yürüyüşü temel hak ve özgürlüğünü, bunlardan yararlanacakların istedikleri zamanda değil, idarenin arzuladığı zamanda yapılmasına olanak sağlamakta, üstelik erteleme süresi sonunda da bunları örtülü biçimde yapılamaz hâle koymaktadır. b) Zamanında yapılmasını engellediği için Toplantı ve Gösteri Yürüyüşünün amacına ulaşmasını güçleştirici ve etkisini ortadan kaldıran nitelik taşımaktadır. c) Uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre öznel yorumlara elverişli, keyfiliğe dek varabilecek uygulamalara neden olabilmekte ve Anayasa koyucunun erek ve amacına uygun düşen bir yasal düzenleme işini görebilecek nitelikte bulunmamaktadır.” E. 1976/27, K.1976/51, K.T. 18/22.11.1976, *AMKD* 14, s. 368.

<sup>25</sup> Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 306.

<sup>26</sup> (Feyyaz Gölcüklü) *Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanaqları*, Cilt 8, s. 66-67.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 79.



lay olan bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme veya bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir.”<sup>28</sup> Bu iki “resmî” nedenin ötesinde, bilinen bir neden daha var ki, o da “öz güvencesi”nin hakları sınırlamada siyasal otoriteyi “çaresiz” bıraktığı inancıdır. Bu inancın anayasayı hazırlayan komisyon üyeleri arasında çok yaygın ve güçlü olduğu bilinmektedir. Nitekim bir üyenin “özgürlüklerin özüne dokunmamak için ülkede otoriteyi ne hâle getirdiğimiz hepimizce malum”<sup>29</sup> şeklindeki ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Görüşmeler esnasında toplantı ve gösteri yürüyüşünü erteleme yönündeki sınırlamanın öze dokunduğu, oysa demokratik toplumlarda bu tür sınırlamaların mümkün olduğu sıkça vurgulanmıştır.<sup>30</sup> Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı’nun ifadesiyle, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne yer veren “bu (13.) madde düzenlendiği şekilde, çok daha elâstikî, devlet iktidarına imkânlar verebilen maddedir.”<sup>31</sup> Şu hâlde, öz güvencesinin

terkedilip yerine demokratik toplum ölçütünün benimsenmesinin arkasında esas olarak otoriteyi güçlendirme kaygısının yattığını söyleyebiliriz.

Demokratik toplum düzeninin gerekleriyle ilgili tartışmalarda “hangi demokratik toplum?” sorusu ön plâna çıkmıştır. Bu durum anlaşılabilir, zira 13. maddedeki “demokratik toplum”un anayasanın başlangıç kısmında ifade edildiği şekliyle, “bu anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi”yi mi yoksa 13. maddenin gerekçesinde belirtilen “genellikle kabul gören demokratik rejim”i mi işaret ettiği belirgin değildir. Başka bir ifadeyle sınırlamalar, “millî demokrasi”nin mi yoksa Batılı anlamda “standart demokrasi”nin mi gereklerine uygun olacaktır? Anayasa Mahkemesi’nin Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili kararı bu konuda kafaları iyice karıştırmıştır. Mahkemeye göre “burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle, hiç kuşkusuz anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”<sup>32</sup> Oysa bu konuda hâkim görüş anayasanın kastedtiği demokratik toplum düzeninin “genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı” olduğudur. Şu hâlde, sınırlamanın sınırı olarak kullanılan demokratik toplumun gerekleri ile “çağdaş hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel nitelikleri” ifade edilmektedir.<sup>33</sup> Nitekim, Anayasa Mahkemesi de kısa süre içinde içtihadını bu yönde değiştirmiş ve demokratik toplumu çağdaş, “klâsik” demokrasiler olarak yorumlamıştır. Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu ile ilgili kararında mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur: “Klâsik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 16.

<sup>29</sup> (T. Fikret Alpaslan), *Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanakları*, Cilt 8, s. 70.

<sup>30</sup> Bu konuda bkz. *ibid.*, s. 66 (Feyyaz Gölcüklü); s. 68 (Muammer Yazar); s. 68-69 (Kemal Dal); s. 75-77 (Orhan Aldıkaçtı); s. 80-81 (Feyyaz Gölcüklü): “Meselâ bakın, öze dokunulmaz kıstasını kabul ettiğimiz takdirde dahi demin verdiğim, gösteri yürüyüşünün dağıtılması veyahut tehiri gene öze dokunulmuş olur. Amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren gerek toplantının, gösteri yürüyüşünün dağıtılması gerek bunun tehiri, bunun kullanılmasını son derece zorlaştırmıştır ve hatta onu kullanılmaz hâle getirmiştir. Binnetice, özüne dokunmuştur, derim. Hâlbuki demokratik toplum gereği, demokratik toplum bir kargaşa, bir saldırı toplumu değildir, demokratik toplumda bu toplantı, gösteri yürüyüşünün tehiri bazı şartlar içinde caizdir, derim.”

<sup>31</sup> Komisyon Başkanı devamla şunları söylemektedir: “hâlbuki öz kavramı, gerçi şimdiye kadar hiçbir güçlük çıkarılmamıştır, Anayasa Mahkemesi gayet ustaca kararlar vermiştir, ama bu kararlar tenkitlere, ileride demokrasi daha geliştikçe memleketimizde, tenkitlere yol açıp, *Anayasa Mahkemesi bir iktidarı çok güç durumlarda bırakabilir.*” *Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanakları*, Cilt 8, s.77 (Vurgu bana ait.).

<sup>32</sup> E.1985/21, K.1986/23, K.T. 6.10.1986, *AMKD* 22, s.224.

<sup>33</sup> E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Dördüncü Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1995), s. 83. Ayrıca bkz. M. Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, *Anayasa Yargısı* 8, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1991), s. 408, 410.

ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hâle getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.<sup>34</sup>

Daha sonraki kararlarında da mahkeme bu çizgisini devam ettirmiştir. Ancak, siyasî partilerle ilgili kararlarında Anayasa Mahkemesi'nin aynı tavrı sergilediğini söylemek zor görünür.<sup>35</sup> Burada elbette siyasî parti özgürlüğünün doğrudan anayasa tarafından sınırlandırılması sözkonusudur. Ancak, "Anayasanın yorumlanmasında Anayasanın bütünlüğünün ve Anayasa hükümleri arasındaki uyumun korunması ilkesinin gereği olarak, o hürriyeti sınırlayıcı Anayasa hükmüne, eğer mümkünse, "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı düşmeyen bir anlam vermek gerekir."<sup>36</sup> Öte yandan Siyasî Partiler Kanunu'nun anayasallık denetimi de Anayasa Mahkemesi'ne dolaylı da olsa siyasî parti davalarında özgürlükçü demokrasi anlayışını uygulama fırsatı verecektir. Böylesine bir tavrın bir de pratik faydası vardır. Anayasa Mahkemesi'nin siyasî parti kararları Strasbourg'a götürüldüğünde yapılan inceleme, nihâi olarak kapatmanın "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığıyla sınırlı kalmaktadır.

Şu hâlde, Batılı anlamda özgürlükçü demokrasinin gerekleri nasıl yorumlanmalıdır? Bu soruya nihâi ve kategorik cevaplar vermek mümkün değildir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından hareketle "demokratik toplum"un çerçevesinin nasıl çizildiğine bakabiliriz.<sup>37</sup> Bu noktada Strasbo-

urg Mahkemesi'ne yüzümüzü çevirmek, anayasa koyucunun amacıyla da örtüşmektedir. 13. maddeyle ilgili değişiklik gerekçesi tek bir cümleden ibarettir. O da şudur: "Anayasanın 13. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir."<sup>38</sup>

"Demokratik toplumda gereklilik" kısıtı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8-11. maddelerinde ve 4 Nolu Protokolün 2. maddesinde korunan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir güvence olarak yer almaktadır.<sup>39</sup> Bu maddelerde korunan haklar, millî güvenlik, kamu düzeni, sağlık ve ahlâkın korunması gibi nedenlerle sınırlanabilir. Ancak, bu sınırlamalar kanunla öngörülmesi ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmalıdır. Demokratik toplumda gereklilik testini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen her davanın özgül şartları içinde değerlendirerek uygulamaktadır. Ancak Mahkeme bu testin genel bir formülasyonunu da sunmaktadır. Buna göre, "gerekli (necessary) kavramı, "kaçınılmaz" ile eş anlamlı olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "makul" kavramları gibi esnek de değildir. Diğer yandan, "demokratik toplumda gerekli" ifadesi, hakları sınırlamaya yönelik müdahalenin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı (pressing social need)" karşılaması ve "izlenen meşru amaçla orantılı olması" gerekmektedir. Ayrıca, sözleşmeyle korunan haklara istisna ihtiva eden madde paragrafları "dar" ve "katı" yorumlanmalıdır.<sup>40</sup> Kısaca, AİHM bir yandan millî

<sup>34</sup> AMKD 22, s. 365.

<sup>35</sup> Bkz. Y. Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s. 91.

<sup>36</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 83.

<sup>37</sup> Bu konuda bkz. Z. Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında 'Demokratik Toplum' Kavramı", *Tür-*

*kiye'de İnsan Hakları*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 2000), s. 191-200.

<sup>38</sup> Madde gerekçeleri için bkz. [www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm)

<sup>39</sup> Bu hak ve özgürlükler sırasıyla özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, serbest dolaşım özgürlüğüdür.

<sup>40</sup> *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, 1 EHRR, 1979-80, 737, par.48; *Suday Times v. United Kingdom*,



güvenlik ve kamu düzeni gibi kavramların “dar”, “katı” yorumlanması gerektiğini vurgularken, diğer yandan “demokratik toplumda gereklilik” kriterini “ölçülülük” ve “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ilkeleriyle birlikte değerlendirmektedir. Mahkeme, makro düzeyde de “demokratik toplum”un temel unsurlarını birçok kararında belirtmiştir. *Handyside* kararında, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğü demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurları olarak belirlemiştir.<sup>41</sup> Burada çoğulculuk özellikle, ifade ve örgütlenme özgürlüğünü garanti altına alan, toplumsal ve siyasal farklılıklara yer açan bir kavram olarak algılanmaktadır. Bu anlamda, devletin farklı görüşler karşısında eşit mesafede durmasını ifade eden siyasal tarafsızlık ilkesi, demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>42</sup> AİHM, siyasî partilerle ilgili kararlarında da demokrasinin diyalogu öne çıkaran çoğulcu boyutuna dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre “Devletin yapılandığı mevcut şekli sorgulasa bile, demokrasinin kendisine zarar vermediği müddetçe, farklı siyasal programların önerilmesine ve tartışılmasına izin verilmesi demokrasinin özünü teşkil etmektedir.”<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi’nin AİHM’nin geliştirdiği “demokratik toplum” ölçütlerini yeterince kullandığını söylemek güç görünüyor. Oysa bu yönde atılacak adımlar, anayasa metnini sözleşmeye yaklaştırmak için atılan adımlara daha bir anlam kazandıracaktır.

Demokratik toplumun yorumu noktasında son olarak, bu kavramla öz güvencesi ara-

sındaki ilişkiye değinmek gerekir. 1982 Anayasası’nın hazırlık çalışmaları sırasında “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramları birbirlerine alternatif olarak algılanmıştır.<sup>44</sup> Buna karşılık, uygulamada Anayasa Mahkemesi bu iki ölçütü birbirlerine “alternatif” değil, birbirlerini tamamlayan/tanımlayan unsurlar olarak yorumlamıştır. İmar Kanunu ile ilgili kararında Mahkeme şu sonuca ulaşmıştır: “Kamulaştırma dışındaki uygulama ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceği için dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu da düşünülemez.”<sup>45</sup> Buna göre, hakların özüne dokunulmaması demokratik toplum düzeninin gereklerinden biridir. Başka bir ifadeyle, demokratik toplumda hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaz. Bu yorum, iki kavramın özgürlükle farklı boyutlarda ilişkili olmasıyla temellendirilmeye çalışılmaktadır. Öz özgürlüğe içkin olduğu hâlde, demokratik toplum düzeni özgürlüğün dışındadır.<sup>46</sup> Dolayısıyla sınırlamadaki işlevleri de farklıdır: “öz sınırlandırmanın sınırını, asgarî bir alanı korurken, demokratik toplum düzeninin gerekleri ise, hak

<sup>44</sup> Anayasa Komisyonu üyesi Feyyaz Gölcüklü’nün şu ifadeleri bu durumu açıklamaktadır: “Sınırlamaların sınırı konusunda iki kıstas mevcuttur. Birisi eski Anayasada olduğu gibi özüne dokunulamaması, ikincisi de komisyonun getirdiği teklifteki gibi demokratik rejim anlayışı ile uygun olması kıstası.(..) Ya öze dokunmama kıstasını kabul edeceğim ya...getirdiğiniz sınırlama demokratik rejim anlayışına aykırı düşmeyecek. Öbür alternatif öze dokunmama kriteridir, tercih tabii size ait.” *Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanaqları*, Cilt.8, s. 65-66.

<sup>45</sup> E.1990/7, K.1990/11, K.T.21.6.1990, *AMKD* 26, s. 243. Ayrıca bkz. E.1986/17, K.1987/11, K.T.22.5.1987, *AMKD* 23, s. 222; E.1988/14, K.1988/18, K.T. 14.6. 1988, *AMKD* 24, s. 253-254; E.1992/8, K.1999/39, K.T.16.6.1992, *AMKD* 28/2, s. 447: (Suçüstü yargılamada sanığa savunmasını hazırlaması için üç günlük süre veren) “düzenleme, ister istemez savunma hakkının özünü zedeleyen, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlamadır.”

<sup>46</sup> Bkz. Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum...”, s. 404; Soysal, *Anayasanın Anlamı*, s. 198.

<sup>26</sup> April 1979, 2 EHRR (1979-80), 245, par. 59; *Silver v. United Kingdom*, 25 March 1983, 5 EHRR, 1983, 347, par. 97.

<sup>41</sup> *Handyside v. United Kingdom*, par. 49.

<sup>42</sup> Siyasal tarafsızlık konusunda bkz. Z. Arslan, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce*, Sayı 16 (Güz 99), s. 5-19.

<sup>43</sup> *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, par. 57; *Socialist Party and Others v. Turkey*, 25 May 1998, par.47; *(ÖZDEP) v. Turkey*, 8 December 1999, par. 41.

ve özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olmaktadır.”<sup>47</sup>

Bu görüşün zayıf yanı, bu iki ölçüt arasındaki çatışma ya da uyumsuzluk ihtimalini hesaba katmamasıdır. Oysa öz güvencesi, demokratik bir toplumda mümkün görünen kimi sınırlandırmaların yapılmasına izin veremeyebilen bir ölçüttür. Yukarıda bahsedilen, Anayasa Mahkemesi'nin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüyle ilgili verdiği karar bunun tipik örneğidir. Burada, bu iki ölçüt birbirini tamamlayacak şekilde nasıl kullanılabilir? Eğer, özgürlüğün özüne dokunulmaması demokratik toplumun zorunlu bir gereği ise, demokratik toplumlarda toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi ya da yasaklanması söz konusu olamaz. Diğer yandan, 13. maddenin formülasyonu da bu iki ölçütü özdeşleştirmeye müsait değildir. Öz güvencesi öncelikle uygulandığı takdirde, “demokratik toplum düzenin gerekleri” ölçütü sadece retorik bir öneme sahip olacak ve işlevini büyük ölçüde yitirecektir. Zira hakların özüne dokunan her sınırlama “zorunlu” olarak demokratik toplumun gereklerine aykırı olacaktır. Tersinden baktığımızda da, öze dokunmayan sınırlamalar yine mantıksal olarak demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayacaktır. Sonuç olarak, 13. maddede sınırlamaların sınırı olarak belirtilen “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterleri arasındaki ilişki zannedildiği gibi problemsiz değildir. Anayasa Mahkemesi'nin bundan sonraki içtihatlarında bu iki kriteri kısmen birbirinden bağımsız yorumlaması gerekecektir. 13. maddenin metni, hakların özüne dokunmayan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olabileceği varsayımını yansıtmaktadır. Dolayısıyla bu varsayımı dikkate alan ve demokratik toplum kriterini işlevsel

kılmayı amaçlayan yaklaşım, bu kriteri “öz güvencesi”nden daha “geniş” ve daha “özgürlükçü” şekilde yorumlamak durumundadır.

### 3) 1982 Ruhü: Lâik Cumhuriyetin Gerekleri

13. maddenin ikinci fıkrasına göre, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar “lâik Cumhuriyet'in gerekleri” ne de aykırı olmaz. Ne 1961 Anayasası ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sınırlamanın sınırı olarak böyle bir kavrama yer vermiştir. Lâiklik daha ziyade demokratik toplumun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Sınırlamanın sınırı olarak bu kavramın 13. maddeye alınması, anayasa koyucunun “lâiklik” ilkesine verdiği merkezi değeri göstermektedir. Ancak zaten Anayasa Mahkemesi, lâiklik ilkesini “ayrıcılık” olarak nitelendirmektedir. Mahkemeye göre “Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur”.<sup>48</sup> Yine mahkemeye göre “Özelde korunması gereken lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz.”<sup>49</sup>

Görüldüğü gibi, şu ana kadar lâiklik ilkesi sınırlama nedeni olarak işlev görmüştür. Sınırlamanın sınırı olarak “lâik cumhuriyetin gerekleri”nin nasıl yorumlanacağı belli değildir. Sınırlama nedeni olarak bile lâikliğin gerekleri zamanla değişiklik arz etmektedir. Bunun en tipik örneği siyasî parti davalarında yaşanmıştır. 1993 tarihinde kapatılan Özgürlük ve Demokrasi Partisi'nin kapatılma gerekçelerinden biri, Siyasî Partiler Kanunu'nun 89. maddesine aykırılıktı. 89. maddeye göre siyasî partiler, “Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer almasına ilişkin Anayasa'nın 136. maddesi hükmüne aykırı amaç

<sup>47</sup> Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum...”, s. 405.

<sup>48</sup> E.1989/1, K.1989/12, K.T.7.3.1989, *AMKD* 25, s. 150.

<sup>49</sup> *Ibid.*, s. 152.



güdemezler.” Bunun anlamı, hiçbir siyasî partinin Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devlet bünyesinden ayrılmasını savunamayacağıdır. Daha da ilginç, bu hüküm özellikle “anti-lâik” partiler karşısında lâiklik ilkesini korumaya yönelik olarak düzenlendiği hâlde, lâik olduğu su götürmez bir partinin, ÖZDEP'in kapatılma nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir.<sup>50</sup> Anayasa Mahkemesi, bu ironik ve “paradoksal”<sup>51</sup> duruma 1997 tarihli bir kararında son vermiştir. “Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bir devlet kurumu olmaktan çıkarılması”nı savunan Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması talebi reddedilmiştir.<sup>52</sup> Diğer yandan, son kararlarından birinde Anayasa Mahkemesi, devletin dinsel konularda kontrol hakkına sahip olmasını demokratik toplum düzeninin bir gereği olarak algılamıştır. Mahkemeye göre “Devlet'e dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz.”<sup>53</sup>

Aslında Anayasa Mahkemesi, “lâik cumhuriyetin gerekleri” kavramını zaman zaman “demokratik toplum düzeninin gerekleriyle”

yanyana kullanmıştır. Mahkeme'ye göre temel hak ve özgürlüklere “getirilen sınırlamaların, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir.”<sup>54</sup> Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin “lâik cumhuriyetin gerekleri” kavramını, demokratik toplumu nitelleyen, onu tanımlayan bir kavram olarak kullanacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Bu da beraberinde, Anayasa Mahkemesi'nin Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili kararında ortaya koyduğu “millî demokrasi” yaklaşımına dönüp dönmeyeceği sorusunu getirmektedir.

### Sonsöz

3 Ekim 2001 anayasa değişiklikleri, “insan hakları bakımından ileri bir adım” olarak değerlendirilmektedir.<sup>55</sup> Anayasanın 13. maddesindeki değişiklik ise kimine göre “çığır açıcı” kimine göre de “geriye gidiş”<sup>56</sup> olarak görülmektedir. Esasen 13. maddenin yeni formülü bu iki farklı görüşü de haklılaştırabilecek şekildedir. Bu noktada anayasa yargısının belirleyici olacağını söylemek bir kehanet sayılmaz. Hak ve özgürlüklerin korunmasında elbette anayasa metni önemli bir rol oynamaktadır. Ancak, anayasanın yorumlanması ve uygulanması bu korumada çok daha önemlidir.<sup>57</sup> Başka bir ifadeyle, anayasa değişikliklerinin temel hak ve özgürlükler bakımından getirdiği değişiklikler, anayasa yargı-

<sup>50</sup> E.1993/1 (Siyasî Parti Kapatma) K.1993/2, K.T. 23.11.1993, *AMKD*, 30/2, s. 927.

<sup>51</sup> F. Sağlam, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, (İstanbul: Beta, 1999), s. 125.

<sup>52</sup> E.1996/3 (Siyasî Parti Kapatma), K.1997/3, K.T. 22.5.1997, *AMKD* 36/2, s. 1027. Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılma talebi beşe karşı altı oyla reddedilmiştir. Ancak davanın reddine karar veren yargıçların farklı gerekçelere dayandıkları görülmektedir. Altı yargıçtan üçünün gerekçesine göre Siyasî Partiler Kanunu'nun 89. maddesi Anayasa'nın 69. maddesiyle çeliştiğinden “aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve Yasa'ya göre üst hukuk normu niteliğinde olan Anayasa kuralı”nın uygulanması gerekmektedir. Buna göre, “Parti programının “inanç sorunları” başlıklı bölümü, bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, lâiklik ilkesine aykırılık içermediği, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu ilkeyi gerçekleştirmek amacıyla Devlet kurumu olmaktan çıkartılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.” *AMKD* 36/2, s. 1023.

<sup>53</sup> E.1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K.1998/1, K.T. 16.1.1998, *AMKD* 34/2, s. 1029.

<sup>54</sup> *AMKD* 22, s. 365.

<sup>55</sup> T. Erdem, “Anayasa Değişiklikleri: Hangisi Önde? Siyasal Kültür ya da Anayasa”, *Cogito*, Sayı 30 (Kış 2002), s. 316. Değişiklikler hakkında farklı ve eleştirel bir yaklaşım için bkz. M. Erdoğan, “Anayasa Değişti mi?”, *Açık Toplum* (e-dergi), 17.10.2001, [www.liberal-dt.org.tr/at/at-me33.htm](http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me33.htm).

<sup>56</sup> Erdoğan, “Anayasa Değişti mi?”

<sup>57</sup> Bu konuda bkz. M. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Altıncı Baskı, (Ankara: AÜ. Hukuk Fakültesi yayınları, 1981), s. 137: “Bir ülkenin anayasa düzeninin belirlenmesinde asıl önemli olan anayasanın metni değil, fakat onun yorumlanması ve uygulanış biçimidir.”

sının ortaya koyacağı tavır ve çizgiyle anlam kazanacaktır.

Geçici 15. maddenin son fıkrasının kalkmasıyla birlikte 13. maddenin uygulamadaki önemi bir kat daha artmıştır. 12 Eylül döneminin özel koşullarında çıkarılan ve temel haklarla bağdaşmayan çok sayıda yasanın anayasaya uygunluk denetimi için artık anayasal engel kalmamıştır. Bu uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin en çok başvuracağı norm hiç kuşkusuz 13. madde olacaktır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin "hakların özü" ve "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütlerini nasıl yorumlayacağı önem kazanmıştır. Daha önce olduğu gibi bugün de mahkemenin önünde iki seçenek vardır: Ya "demokratik toplum" kavramını, anayasanın diğer maddelerinde de destek bulacak şekilde mevcut anayasanın sınırlayıcı çerçevesinde yorumlayacak ya da bu kavramı yerel sınırların ötesinde, insan haklarına dayanan, hukuk devletini öne çıkaran "hak-eksenli" bir yaklaşımla yorumlayacaktır. Anayasa Mahkemesi, varlık nedeni de dikkate alındığında bunlardan daha özgürlükçü olan ikincisini benimsemelidir. Özellikle altıncı anayasa değişikliğinden sonra anayasa metni, bu yaklaşımı benimsemesi için mahkemeye gerekli "pozitif" zemini hazırlamıştır.

\* Bu makale, Anayasa Mahkemesi'nin 40. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla düzenlenen "Siyasal, Sosyal ve Ekonomik Yönden 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları" konulu Sempozyumda (25-26 Nisan 2002, Falez Otel, Antalya) sunulan bildirinin gözden geçirilmiş şeklidir.

**Yakında...**

## Modern İktisadın İnşası

Marc Skousen

İktisat ilmi ne zaman ve nasıl doğdu? Neden politik ekonomi teriminden ekonomi bilimi terimine geçildi? Ekonomi bir bilim ve bir realite olarak hayatımızda nasıl bir yer işgal oluyor? Milletler nasıl zengin olabilir? En büyük iktisatçı kimdir? En zengin iktisatçı kimdi? A. Smith niçin bütün notlarını yaktırdı? Marx nerede yanıldı? J. S. Mill siyasette liberal, iktisatta sosyalist olmayı nasıl başardı? Müteşebbislerin hasılda payı olduğunu kim kanıtladı? Lord Keynes bir balerinle evlenince arkadaşları ne düşündü? J. Schumpeter Viyana'nın hangi yanlarını seviyordu? Hayek, Mises, Friedman ve diğerleri sosyalizmi nasıl püskürttü?

Bu soruların cevabını sıradışı bir iktisat tarihi kitabı olan *Modern İktisadın İnşası* veriyor.

**LiBeRtE**

*Kitaplığımızda Özgürlüğe Yer Açın...*