

TEMEL HAKLARIN SINIRLANMASI- SINIRLAMANIN SINIRLARI

Zafer Gören *

ÖZET

İnsan hakları Devletten önce de var olan haklardır ve onlara Devlet güvencesi sağlandığında, “temel hak” diye adlandırılmaktadırlar.

Bugün Dünyada temel haklar ve özgürlüklerin garantisinin çok büyük bir önem taşımasına karşın temel hak taşıyıcısının temel hak ve özgürlükleri denetimsiz ve aşırı kullanması, kamu yararıyla ve diğer temel hak sahiplerinin haklarıyla çatışabilir. Bu nedenle, temel hakların kullanımına sınırlar çizilmektedir.

Anayasa koyucu temel haklar için sınırlamalar öngördüğünde, bireyin özgürlük isteği ile devlet içindeki toplumsal yaşamın gerekleri arasında doğal olarak gergin bir ilişki ortaya çıkacaktır. Bu gerekler, başka temel hak taşıyıcılarının özgürlük alanlarına saygı gösterilmesi ve devletin menfaatlerinin ve hukuksal değerlerinin korunmasıdır. Burada ölçülülük ilkesi devreye girecektir.

Anahtar Kelimeler: temel hak, temel hakların sınırları, sınırlamanın sınırları

RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS – BORDERS OF RESTRICTIONS

ABSTRACT

Human rights had existed before the formation of the State. They are called as “fundamental rights”, when they are guaranteed by the State.

Although today the guarantee of fundamental rights and freedoms is very crucial worldwide, the use of fundamental rights and freedoms by its owner without control might conflict with public interest and the rights of the other owners of fundamental rights. Therefore, there are restrictions on the use of fundamental rights.

When the legislator suggests restrictions for fundamental rights, the relationship between individual's desire for freedom and the necessities of social life in a state will naturally be strained. These necessities are the respect for freedoms of the other owners of fundamental rights and the protection of the interests of state and juridical values. As a result, the principle of proportionality takes place.

Keywords: fundamental right, restrictions of fundamental rights, borders of restrictions

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eminönü-İstanbul

I. Temel haklar “Demokratik devlet düzeninin özünü oluşturur”. (BVerGE 31,73) .

Özgürlük haklarının amacı her ne kadar bireyi yasa koyucu karşısında korumak olsa da temel hakların yasa ile sınırlandırılabilirliği, onların korunması vazgeçilmez olan içeriğinin garanti altına alınabilmesi amacı ile yasa koyucu için, karşı sınırlar geliştirilmesine neden olmuştur.

Temel hakların uygulanması ve gerçekleştirilmesini daha etkili kılmak için, temel hakların sınırlanması problemiği konusuna daha özenle eğilmek gerekmektedir.

İnsan hakları Devletten önce de var olan haklardır. İnsan haklarına Devlet güvencesi sağlandığında, “**temel haklar**” diye adlandırılmaktadırlar. “Temel haklar” ile “**insan hakları**” Anayasalarda çoğu kere birbirinden ayrı tutularak düzenlenmektedir. Örneğin Alman Anayasası, md. 1. f. II.’de “toplumun temelini oluşturan dokunulmaz, vazgeçilmez insan hakları”ndan, f. III. ‘te “aşağıdaki temel haklar” dan söz ederek bu iki kavramı kesin olarak birbirinden ayırmaktadır. Maddenin III. fıkrasına göre temel haklar yasama, yürütme ve yargıyı doğrudan doğruya bağlayan, uygulanması zorunlu haklardır.

Benzer bir düzenleme Türk Anayasasında da bulunmaktadır. Anayasa md. 2, Türkiye Cumhuriyetini **insan haklarına** saygılı bir hukuk devleti olarak tanımlarken, md. 12.’de herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez **temel hak ve özgürlüklere** sahip olduğundan söz edilmektedir.

Portekiz ve İspanya Anayasalarında da bu yönde düzenlemeler göze çarpmaktadır. (Cansel, 1990: 43)

Temel hakların çoğaltılmasında “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” ve insan haklarına ilişkin diğer uluslararası sözleşmeler rol oynamıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin öngördüğü insan hakları türlerinin bir çoğu Anayasamızda olduğu gibi bazı Anayasalarda somutlaştırılmış, ayrıca başka insan hakları türlerini de kabule açık Anayasa kullarına yer verilmiştir. (F. Alman Anayasası md. 2-19; Türk Anayasası md. 17-74; İspanya Anayasası md. 10-55; Portekiz Anayasası I. Kısım)

İsviçre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki insan haklarını, bir transformasyon işlemine gerek olmadan, ulusal hukuk olarak benimsemiştir. İsviçre Anayasasında mevcut olmayan temel haklar katalogu İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarıyla yıllar boyu “yazısız temel haklar” olarak kabul edilmiştir. (Cansel, 1990: 46)

Anayasalarda soyut olarak yer alan temel hak normları gerçek değerlerine ve anlamlarına ancak yasalarla, yürütme ve yargının uygulamasıyla kavuşmaktadır. (Cansel, 1990: 45)

Türk Anayasa Yargısı, insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için sadece Anayasa ya da diğer pozitif hukuk metinlerini yeterli görmemekte, Anayasa uygunluk denetimi yaparken, “Anayasaların açık kurallarından önce hukukun bilinen, bütün uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun olması” koşulunu aramaktadır. (E. 1966/19, K. 1968/25, AMKD C. 7, S. 28)

Anayasa md. 12, Anayasamızın hukuksal pozitivizmden doğal hukuka geçişe olanak tanıdığına göstergesidir.

Anayasamızın “temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlığı altında yer alan 12. maddesindeki “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” kuralı düzenleniş biçimi ve özüyle hem doğal hukuktan yararlanmakta, hem onu izleyen ve “herkes” sözüyle başlayan maddelerdeki temel hak ve özgürlüklerin kaynağını ve hareket noktasını oluşturmaktadır. (Gönül, 1990: 8)

Anayasa Mahkememiz, söz konusu 12. maddenin, Türk Anayasasında yer almayan, ya da Türkiye tarafından onaylanmamış uluslararası sözleşmelerde yer alan bireysel hak ve özgürlükleri de etki alanına alabileceğini, Anayasada bulunmadığı halde “dirnenme hakkını” kabul ederek onaylamıştır. (E. 1988/2, K. 1988/1, RG 16.5.1989-20167, S. 59; Gönül, 1990: S. 8)

II. Temel hakların ortaya çıkıp belirginleşmesi yeni çağın Anayasalı devletiyle bağlantılıdır. Bu Devletin özgün yapısı, bambaşka siyasal ve toplumsal koşulların egemen olduğu ortaçağ dünyasının arka perdesi ile anlaşılabilir. Toprak sahipleri ve toprağı işleyen insanlar, soylular ve köylüler arasındaki ilişki, orta çağın siyasal-toplumsal koşullarını yaratmıştır. Bu çağda sadece soylular özgür olarak tanımlanabilmiş, diğerleri soylulara oranla daha aşağı basamakta bir koruma ve hizmet ilişkisi içinde yaşamışlardır.

İçlerinde en ünlüsü İngilizlerin “**Magna Charta Libertatum**”u (1215) olan ortaçağın hak deklarasyonları sadece soyluları kapsamı içine almaktaydı.

Ortaçağda özgürlük, iktidardan bağımsızlık anlamına gelmiyordu. Ayrıcalık ve statü, hak ile aynı anlama geliyor ve iktidarın somutlaştırılmasını oluşturuyordu.

Buna paralel olarak bireyin henüz genel anlamda hukuksal eşitliği yoktu. Tersine kişi gruplarının, zümre ve korporasyonların basamaklı eşitlikleri vardı. Bundan sonraki gelişim 16.yy.daki reform hareketleri ile önemli ölçüde biçimlenmiştir. Bir asırdan fazla süren din savaşları ve iç savaşlar hoşgörü isteğinin ve daha sonra din ve inanç özgürlüğünün ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Diğer yünden bu savaşlar egemen özelliği ile barışın ve güvenliğin tek olası güvencesi olarak görülen **modern devletin** kuruluşu için bir neden oluşturmuştur. (Jean Bodin 1530-1596; Thomas Hobbes 1588-1679)

İlk önce İngiltere’de zümre ayrıcalıkları yerlerini İngilizlerin genel haklarına terk etmiştir. Bu gelişimde özellikle Habeas-Corpus-Akte (1679) ve Bill of Rights’ın

(1689) etkisinin ve ayrıca bu hak garantilerinin teorik temelini ve siyasal sonuçlarını ortaya koymuş olan Williams Blackstone (1723-1780)'nun çabalarının gözardı edilmemesi gerekir. (Pieroth ve. Schlink, 1986: 6 vd., KN 19-24)

Temel hakların çağdaş anlamda topluca ve Anayasa gücünde pozitif hukuka aktarılması ilk olarak (1776) “**Virginia Bill of Rights**”ı ile gerçekleşmiştir.

“Virginia Bill of Rights”ı Kuzey Amerikann diğer Devletlerinde bir dizi daha detaylı hak bildirisini için doğrudan bir model ödevini görmüştür. Ancak Virginia Bill of Rights’ı, Virginia Anayasasından ayrı olarak ortaya konmuştu. Buna karşılık çağdaş anlamda ilk Anayasa olan Pennsylvania Devleti Anayasası, Temel Haklar ve Teşkilat bölümlerinden oluşuyordu.

1770’de “**droits fondamentaux**” yani “temel haklar” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu kavram evrensel bir nitelik taşıyordu. Aynı zamanda, kendisini toplumsal bir güç ve ekonomik bir erk olarak geliştiren burjuvazinin siyasal haklarını kapsamaktaydı. Bu temel hak kavramının ekonomik devrimsel potansiyeli, krallık despotizmine karşı gittikçe büyüyen aleyhtarlığı ve sonuçta Kuzey Amerikan Devriminin ortaya koyduğu model, Fransız Devrimine ve insan haklarının açıklanmasına ortam hazırlamıştır.

1789 (Déclaration des droits de L’homme et du citoyen) “**İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi**”, temel haklar tarihinde en önemli bir dönüm noktası olarak tanımlanabilir.

Temel hakların Avrupa kıtasındaki gelişimine, içerdikleri temel hak katalogları ile 1815 tarihli Fransız Anayasası (Charte Constitutionnelle) ve 1831 tarihli Belçika Anayasası katkıda bulunmuşlardır. (Pieroth ve Schlink, 1986: .8 vd., KN 25, 31)

Anayasalar, ulusun siyasal bir varlık olarak amaçlarının gerçekleşmesine ve çıkarlarının korunmasına yönelik kuralları koyarken, aynı zamanda onun uygulamayı taahhüt ettiği kuralları içeren bir çerçeve oluştururlar. Şu halde Anayasalar hem “kamu gücünün örgütlenmesine ilişkin kurallar”ı hem vatandaşların Devlete karşı ileri sürebileceği “temel hakları” içermelidir.

19. yüzyılda aynı düşünsel, siyasal ve hukuksal arka planı paylaştıklarından Anayasayı oluşturan bu iki öge, yani temel haklar ve Devletin örgütlenmesine ilişkin kurallar, birbirlerine bağlanmış ve birbirini tamamlamıştır.

Salt Devletin örgütlenmesine ilişkin kurallar içeren ve bireyin Devlet içinde temel statüsünü ortaya koymayan, onun Devlete karşı sübjektif temel haklarını, kişisel ve siyasal haklarını içermeyen bir Anayasa baskıcı bir nitelik taşır, gerçek ve tam bir Anayasa olarak kabul edilemez.

1776’da kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirisi’nde yer alan temel haklar ve Virginia Haklar Bildirgesi, Anayasaların Devletin örgütlenmesine ilişkin düzenlemelerinden daha önce kabul edilmiştir.

Fransa'da da Büyük Devrim zamanında temel hakların varlığının açıklanması, Devletin örgütlenmesine ilişkin kurallardan daha önceki tarihlerde gerçekleşmiştir.

Devletin örgütlenmesine ilişkin kuralların ve temel özgürlükler sisteminin anayasal bir belgede birlikte yer alması, bir çelişki oluşturmayıp 18. yy sonlarında ulaşılan büyük bir başarıdır. Bu kombinasyon modern anayasal devletin temelini oluşturarak Dünya genelinde benimsenmiştir.

Temel haklar bugün Devletin temel yapısının bir parçası haline gelmiştir. **Devlet otoritesinin kullanımı, temel hakların denetimi altındadır.**

Bir anayasal Devletten, ancak temel hakların aynı zamanda yönetimin temelini ve dayanağını oluşturması durumunda söz edilebilir. Anayasal Devlet, Devlet otoritesini yalnızca anayasal sınırlar içinde ve bunlara uygun olarak kullanabilen bir Devlettir. Böylece siyasal bir Devletten, Anayasa tarafından belirlenmiş bir Devlete geçiş sağlanmıştır.

III. Temel haklara gittikçe artan oranda önem verilmesi bugün dünyada gelişim ve ilerlemenin temel bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.

Her iki dünya savaşından sonra dünya genelinde insan haklarının kapsamlı bir şekilde korunmasının sadece uluslararası çabalarla sağlanabileceği düşüncesine varılmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu düşüncenin sonuçlarıdır.

Temel haklara verilen önem, bir yandan temel hakların yeni Devlet Anayasaları kapsamına alınması diğer yandan bu hakları korumak için kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarının artan orandaki rolü ile belirginleşmektedir.

Bununla birlikte temel hakların varlığı ve kapsamı konusunda Batının dar tutulmuş bir alanındaki demokrasilerde bile belirgin farklılıklar kendisini göstermektedir:

Temel hak güvencesi örneğin Almanya Anayasası ile 1961 ve 1982 Anayasalarımızda olduğu gibi ayrıntılı bir temel hak kataloguna yer verilmeye sağlanmaya çalışılmıştır. Fransa'da ise tarihsel bir insan hakları deklarasyonuna yollama yapılmıştır. (4 Ekim 1958 tarihli Fransa Cumhuriyeti Anayasası Başlangıç Kuralları) İngiltere'de temel haklar **yazılı olmayan garantiler** olarak kabul edilmiştir.

Temel hakların somut olarak şekillendirilmeleri, yasa koyucuyu bağlama dereceleri veya temel haklara saygının yargısal denetimi de ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Bununla beraber bu farklılıklar kural olarak uygulamada Devlet yaşamı içinde temel haklara gösterilen saygı konusunda bir kriter oluşturmamaktadır. Örneğin Almanya'ya oranla temel haklar konusunda daha zayıf bir hukuksal yapılanma ve güvencenin bulunduğu

Fransa ve İngiltere gibi ülkelerin daha az güçlü özgürlük düzenlerine sahip oldukları söylenemez.

Bu ülkelerde, Almanya'da özenle oluşturulmuş kurumsal garantilerin yerine demokrasi ve özgürlük kültürü ve bu konudaki gelenekler etkili olmaktadır. Bütün bunlar temel hakların gerçek etkisinin, onların hukuksal açıdan ne ölçüde şekillendirilmiş ya da garantiye kavuşturulmuş olduğuna bağlı olmadığını göstermektedir. (Hesse, 1983: 79 vd.)

Avrupa'nın, Avrupa alanında, ulusal, bölgesel ve lokal alanda neyin düzenlenmesi gerektiğini kurala bağlayan gerçek bir Anayasaya gereksinmesi olduğu düşüncesi ile 29 Ekim 2004 tarihinde Roma'da "Avrupa İçin Bir Anayasa Anlaşması" imzalanmış ve bu anlaşmanın 2007'de yürürlüğe girmesi planlanmıştır.

Bu Anayasanın çekirdek parçasını II. Bölümündeki "Avrupa Temel Haklar Şartı" oluşturmuştur.

ATHŞ ile, temel haklar birey için daha şeffaf bir hale getirilmiş, net ve anlaşılabilir bir biçimde ifade edilmiştir. Şart'la aynı zamanda Avrupa Birliğinin meşruiyetinin ve kimliğinin güçlendirileceği düşünülmüştür.

Diğer yandan 1950 tarihli AİHS, içerdiği hakları etkili bir şekilde koruyabilmek amacıyla, bir devletin hukuk devleti olarak kabul edilmesi için sunması gereken garantilere ilişkin kurallar içermektedir

Sözleşmeye aykırı davranıldığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) karar vermektedir.

Avrupa Anayasa Anlaşması md. 7/2'ye göre: **Anayasal geleneklerden** kaynaklanan şekliyle AİHS tarafından belirlenen ve üye devletlerde ortak olan temel haklar birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturur." Böylece Şart, AİHS'ye odaklanmıştır. (<http://www.weltpolitik.net/print/1215.htm>; <http://www.tesev.org.tr/90mad...>; <http://www.joleinen.de/> <http://www.jura.uni-goettingen.de/>; Gören, 28.02.2005: Cumhuriyet Gazetesi.)

Buna karşın AB'nin tümü AİHS'yi imzalamış üyeleri yine de AB'ye başka bir temel hak belgesi verme kararı almışlardır.

Bu arada birtakım yeni haklara yer verilmesinden çok, her Avrupalının hangi korumaya sahip olduğunu bilmesi için mevcut hakların bir araya getirilmesi gerektiği düşüncesi egemen olmuştur. Çünkü tüm AB ülkelerinde zaten doğal olarak temel hakların korunması için mekanizmalar bulunmaktadır.

AB ve onun Lüksemburg'daki mahkemesi 60'lı yılların sonlarından beri insan haklarının korunmasını önemli bir görev olarak kabul etmişlerdir.

Köln zirve toplantısında Avrupa Temel Haklar Şart'ının sadece klasik temel hak ve özgürlükleri değil, AB vatandaşlarının siyasi haklarını ve önemli ekonomik ve sosyal hakları içermesi öngörülmüştür.

Bu şartla AB alanında yaşayan insanların tüm temel hakları, AB tarihinde ilk defa kapsamlı, anlaşılır ve yazılı bir biçimde ifade edilmiştir.

IV. Bugün Dünyada temel haklar ve özgürlüklerin garantisinin bu kadar büyük bir önem taşımaya karşın temel hak taşıyıcısının, temel hak ve özgürlükleri denetimsiz ve aşırı kullanması, kamu yararıyla ve diğer temel hak sahiplerinin haklarıyla çatışabilir. Bu nedenle, temel hakların kullanımına sınırlar çizilmektedir.

Temel hak sınırlamaları aşağıdaki şekilde tiplendirilebilir:

- Doğrudan Anayasadan kaynaklanan sınırlar;
- Yasa kaydı;
- Anayasa içeriksel sınırlar

1. Doğrudan Anayasadan kaynaklanan sınırlar

Çoğunlukla Anayasada temel hakkın düzenlendiği madde metninde yer alan temel hakkın unsurları, ilgili temel hakkın doğrudan Anayasadan kaynaklanan sınırları olarak kabul edilmektedir. Bu unsurlar ilgili “temel hakkın koruma alanını” belirler. (Maier, 1993: 111)

Bir “temel hakla korunan yaşam alanı”, temel hakkın koruma alanı veya “temel hakkın konusu”dur (v.Mangoldt ve Klein ve Starck, 1985: Art.1.Abs.3.KN.170)

Bir temel hakla korunan yaşam alanı, “temel hakkın norm alanı”, yani temel hak normunun yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkardığı alan diye adlandırılmaktadır. (Pieroth ve Schlink, 1986: 57, KN 229) “Düzenleme alanı”ndan söz edildiğinde, temel hakkın geçerli olduğu ve içerisinde koruma alanının da yer aldığı yaşam alanı amaçlanmaktadır.

Örnek Anayasa md. 34’ün “düzenleme alanı”, tüm toplantıları, buna karşılık “koruma alanı”, sadece silahsız ve saldırsız toplantıları kapsamaktadır. (BVerfGE 25, 269) Temel hakkın koruma alanında olan bir davranış, “temel hakkın kullanılması” veya “temel hakkın uygulanması” olarak tanımlanabilir.

Temel hakkın koruma alanının sınırları, “temel hakkın içinde bulunan, doğasından kaynaklanan” sınırlar olarak tanımlanır.

Alman Anayasası md. 5 f. II bilim, araştırma ve öğretim özgürlüğünü düzenlemektedir. Aynı fıkranın 2. cümlesinde “öğretim özgürlüğü, Anayasaya bağlılıktan bağımsız tutamaz” kuralı yer almaktadır. Öğretim özgürlüğünün Anayasaya sadakatle bu bağlılığı, öğretim özgürlüğünün etki alanını “Anayasaya bağlı bir öğretim” ile sınırlamıştır.

Benzer şekilde Anayasamızda, bilim ve sanatı yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri kurallarının değiştirilmesini sağlamak amacıyla yönelik olmaması koşulu ile tanınmıştır. (md 27); Hak arama özgürlüğünün koruma alanına, yasal vasıta ve yollardan faydalanarak hak arama girer. (md. 36); Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şerefine dokunan veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması halinde tanınır (md. 32); Anayasanın 14. md.sine aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler korunmuştur .(md. 24 f. II)

Anayasamızda, **doğrudan Anayasadan kaynaklanan bu sınırlamalar**, bu temel haklar için **Anayasanın ilgili temel hakkı düzenleyen maddede öngördüğü “nitelikli sınırlamalar” dışında vardır.** (Kırş. v. Mangoldt ve Klein ve Starck, 1985: Art.1.Abs, III, KN.173)

2.Yasa Kaydı

Yasa ile sınırlama koşulu, Anayasamızın temel hakları düzenleyen maddelerinde değişik ifadelerle vurgulanmıştır. Örnek:

Md. 13: “Temel hak ve hürriyetler.....kanunla sınırlanabilir”.

Md. 23 f. IV: “Yerleşme hürriyeti.....kanunla sınırlanabilir”.

Md. 35: “Mülkiyet ve miras hakları.....kanunla sınırlanabilir”.

Md. 42 f. II: “Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir”.

a. Basit Yasa Kaydı

Anayasanın sınırlamaya sadece bir yasayla izin verdiği temel haklarda söz konusudur. Basit yasa sınırlaması, özgürlüğü sınırlayan yasadan özel isteklerde bulunmaz.

1924 Anayasasında garanti edilen temel haklar basit yasa kaydına bağlıydılar. Örnek:

Md. 77: “Basın Kanun çerçevesinde serbestir”.

Md. 72: “Kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulamaz”.

Basit yasa kaydına ilişkin düzenlemeler F.Almanya Anayasasının madde 2 (2)’de:

“Herkes yaşama ve beden bütünlüğünün korunması hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.”

Madde 8(2):“Açık havada yapılan toplantılar için bu hak yasayla veya bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.”

b. Nitelikli Yasa Kaydı

Anayasanın sınırlamanın yasayla yapılabileceğini istemekle kalmadığı, bunun dışında sınırlama getiren yasanın ya da sınırlamanın belli koşullara dayanmasını, belli amaçlara hizmet etmesini veya belli araçları kullanmasını istediği temel haklarda **nitelikli yasa sınırlaması** kaydı vardır.

Örnek: Anayasa md. 23, f. II.ye göre: yerleşme özgürlüğü, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak, seyahat özgürlüğü suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

3. Anayasa İçeriksel Sınırlar

Anayasa İçeriksel sınırlamalar, Anayasanın kendisinden çıkarılmakla birlikte, ilgili temel hakkın içinde bulunmamaktadır.

Bu nedenle bu bağlamda kullanılan “temel hak içeriksel sınırlamalar” deyimini yanılıcıdır.

Aksine burada temel hak “dışarıdan”, diğer Anayasa kurallarıyla sınırlanmaktadır.

Anayasa içeriksel sınırlar, temel hakkın kullanımıyla, o temel hakka göre daha yüksek bir basamakta değerlendirilen **bir başkasının temel hakkı** ya da **Anayasa ile korunan başka bir hukuksal değer** çatıştığında devreye girerler.

Bu içeriksel sınırlamalar, çatışan anayasal değerler arasında, anayasanın öngördüğü değer düzeni ölçüğünde, bir denge kurulmasını amaçlarlar. (Maier, 1993: 113 vd.)

F. Alman Anayasa Mahkemesi, annenin genel eylem özgürlüğü (maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı) ile ceninin yaşam hakkı çatıştığında, ceninin yaşam hakkını daha yüksek bir basamakta (BVerfGE 39,1), ölünün kişilik hakkı ile yazarın sanat özgürlüğü çatıştığında, ölünün kişilik hakkını, daha yüksek bir basamakta (BVerfGE 35,202- Leblach; 54,208-Böll/Walden) değerlendirilmiştir.

F.Alman Anayasa Mahkemesi ve Almanya’da egemen görüşe göre, temel haklar sistematik açıdan birbirleriyle ve diğer Anayasa kurallarıyla öylesine sınırlanmış durumdadırlar ki sınır içermeyen temel haklar bile, kullanılmaları başkalarının temel hakları ve anayasal değerlerle çatışıyorsa, sınırlarını bu çatışan Anayasa Hukukunda bulurlar. (Anayasa içeriksel sınırlama) (Pieroth ve Schlink, 1986: 68 KN.301)

Bu tür düşünceler Almanya’da Anayasa hukukçularını sınırlamasız temel haklar için de yazılı olmayan sınırlar yaratmaya yönlendirmiştir. (Klein, 1985: 199) Alman Anayasasının 2. maddesinde düzenlenmiş olan genel eylem özgürlüğünün (toplayıcı temel hak: kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğü) sınırlamalarını, doğrudan doğruya sınırlamasız temel haklara uygulamıştır.

Buna göre bu temel haklar “başkalarının hakkı”, “Anayasaya uygun düzen” ve “ahlak yasaları” ile sınırlanmıştır.

Dürig, 1990: Art 2 KN, 8, 12 vd. 69 vd.) de sınırlamasız temel haklar için yine Anayasa md. 2 f. I'den sınırlar türetmiştir.

Ancak md. 2 f. I'deki sınırları genel eylem özgürlüğü için geniş, diğer sınırlamasız temel haklar için dar yorumlamıştır.

Üçüncü bir görüş Alman F. İdare Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir; 1951 tarihli “Sünderin” kararında mahkeme sanat özgürlüğünün, özellikle Devletin varlığını sürdürmesi için gerekli olan değerlerin tehlikeye girmesi halinde, “Anayasa içeriksel” sınırlarla sınırlanacağını kabul etmiştir. (BVerfGE 1, 303 vd., 307)

Mephisto kararında (BVerfGE 30,173 vd., 191 vd.) F. Alman Anayasa Mahkemesi sınırlamasız temel hakları dolaylı bir sınırlamaya tabi tutmak için yukarıda belirtilen tüm çabaları reddetmiştir. Mahkeme sınırlamasız temel hakların, salt Anayasanın temel düzeni ve özellikle Anayasa md. 1 f. I' de garanti edilen en yüksek değer olan “insan onuru”yla sınırlı oldukları yönünde görüş bildirmiştir.

F. Alman Anayasa Mahkemesi sanat özgürlüğünün hukuka uygunluğunu (F. Anayasa md. 5 f. IV) insan onurunu zedelediği ölçüde kabul etmiştir.

Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, yalnızca **Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak** ve ancak kanunla sınırlanabileceklerdir. Şu halde Anayasanın temel haklar ve özgürlüklerle ilgili maddelerinde yer alan sınırlama nedenleri “nitelikli yasa sınırlamaları”dır.

Anayasamız, ne Anayasanın sınırlamaya sadece bir yasayla izin verdiği, sınırlama getiren yasadan özel isteklerde bulunmadığı, **basit yasa sınırlamalı temel hakları**, ne de temel hakların hangi nedenle olursa olsun hiç sınırlanamayacağını ileri sürmeye elverişli olan, yasa sınırlamasına tabi olmaması halini (sınırlamasız temel haklar) öngörmemiştir.

Anayasamızın iradesi, hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak bir biçimde Anayasa kurallarının ve bunlar arasında temel hak katalogunun yasama, yürütme ve yargıya ve böylece Devletin tüm organizasyonuna üstün olduğunu ortaya koymaktadır. Bu irade Anayasa md.11'deki Anayasa kurallarının ve onlar içinde temel hak katalogunun üstünlüğü ilkesinden çıkarılmaktadır.

Yalnız, temel hak normları “nitelikli sınırlama” kaydını açıkça içerdiklerinde, yasa koyucu, yasa ile temel hakkın kullanımına sınırlar koymaya yetkili kılınmıştır.

İlgili temel hakkın düzenlendiği Anayasa kuralı içinde yer alan yasa kaydına dayalı bu nitelikli sınırları, her temel hakkın içinde Anayasadan ötürü var olan, o hakkın doğasında bulunan ve “doğrudan Anayasadan kaynaklanan sınırlar” ile Anayasanın sistematüğinden, bütününden, Anayasaya ve Devlet düzenine egemen olan değerlerden çıkarılan “Anayasa içeriksel” sınırlamalardan ayırmak gereklidir.

Bu tür Anayasa tarafından temel hakka önceden çizilen sınırlar söz konusu olduğunda, yasa koyucu temel hakka sınırlama getirdiğinde, yaratıcı bir davranışta bulunmamakta, yeni temel hak sınırlamaları yaratmamakta, sadece açıklayıcı (daha

doğrusu yorumcu) bir biçimde, Anayasa tarafından önceden konulmuş “**Anayasaya uygun düzen**” kavramına hizmet etmektedir.

Yasa koyucunun başlangıçtan beri temel hakkın doğasında bulunan temel hak sınırlamalarını, Anayasaya uygun olarak açıklayıcı nitelikteki bu yorum yetkisini “genel bir yasa ile sınırlama kaydı” olarak saymak da doğru değildir. (Maunz,1968: 105)

Hukuk devletinin devlet hukuku öğretisi öteden beri “yasa kaydı” (Gesetzesvorbehalt) kavramıyla, yasa koyucunun temel hak alanına gerçek müdahalesini anlamaktadır.

Oysa burada **doğrudan Anayasadan kaynaklanan temel hak sınırları ile Anayasa içeriksel temel hak sınırlarının** yorumu için bir “**Anayasa kaydı**”ndan söz etmek daha doğru olacaktır.

Bu nedenlerle temel hakları düzenleyen maddelerde yer alan sınırlamalarda aranan, yasa koyucuyu sınırlayan sınırlara, (sırlamanın sınırları: hakkın özü, ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeni gerekleri, laik Cumhuriyetin gerekleri gibi) uyulması koşulu bu tür içeriksel sınırlamalarda aranmayacaktır. (E.1969/31, K.1971/3, k. t.12.1.1971, AMKD, S.9, s.148)

V. Yasa kaydında, temel hakların sınırlanması için sadece, bir yasanın varlığı yeterli olmakta, yasanın içeriğinin ne olacağı, bireyden ne kadar özürlüğü alabileceği, ona ne kadarını bırakmak zorunda olduğu soruları cevaplanmamaktadır. Temel hakların, yasalardan içeriğe ilişkin istekleri, nitelikli yasa sınırlamalarında belirgindir. Nitelikli yasa sınırlamaları, belirli koşullar altında, belli amaçlar ve belli araçları emretmek ve belli araçları yasaklamak yoluyla yasa koyucunun bağlılığını düzenlerler. Örnekler: Anayasa md. 23 f. II; md. 26 f. II; md. 35 f. II.

Nitelikli sınırlamalar, bir araç-amaç nedensellik ilişkisi istemektedirler. Yani yasanın, yasa koyucu tarafından güdülen amaca ulaşmak için gerçekten elverişli bir araç olmasını istemektedirler. Anayasa, md. 13, 2001 değişikliğinden önce özel sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağını kuralını içeriyordu.

Bu maddeye ilişkin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde, oranlılık ilkesinden de söz edilmektedir;

“.....öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır”.

(7.11.1982 t. 2709 s.K; İzgi ve Gören, 2002:181)

2001 Anayasa değişikliği ile 13. maddeye sınırlamanın sınırı olarak getirilen ölçülülük ya da oranlılık ilkesi (Bu sınırlamalar.....ölçülülük ilkesine aykırı olamaz [Değişik 3.10.2001-4709/2 md.]) için anayasal dayanak olarak çoğunlukla “**hukuk devleti ilkesi**” gösterilmektedir.

Anayasa Mahkemesi istikrarlı olarak yasamanın temel haklarla bağılılığını, özellikle yasaların oranlılığını denetlemekle güncelleştirmelidir. Çünkü oranlılık yasa koyucu için, temel hakları sınırlayan yasal düzenlemelerin, Anayasaya uygun olan amaca ulaşmak için elverişli ve zorunlu olması anlamına gelmektedir.

Yasamanın temel haklarda yapacağı sınırlamanın, oranlı olması zorunluluğu ile “**ya-sa sınırlaması**”, “**oranlı yasa sınırlaması**” haline gelmiştir. Yasa kaydı ile temel haklar yasal dayanağı olmadan temel hakları sınırlayan işlemleri engeller. Oranlı yasa kaydı ile temel hakları oransız olarak sınırlayan yasaları engeller. (Pieroth ve Schlink,1986: 73, KN. 314)

VI. Sınırlamanın sınırı kavramı, temel hak kullanımına sınır çizdiğinde, **yasa koyucu için geçerli olan sınırları** ifade etmektedir.

Nitelikli sınırlamalardaki nitelikler bile sınırlamanın sınırı olarak anlaşılabilir. Bu nitelikler ilgili koruma alanına müdahale etmek isteyen yasa koyucuyu, belli amaçlar gütmek veya belli araçlar kullanma konusunda yükümlendirerek sınırlarlar.

- Yasa kaydı
- Oranlılık (ölçülülük) ilkesi (aşırılık yasağı)
- Öz (çekirdek) garantisi .
- Öğeler ve hukuksal sonuçlar bakımından açık ve belirli yasalar (belirginlik ilkesi)
- İnsan onuru kriteri
- Demokratik toplum düzeni gerekleri

alışlagelmiş sınırlamanın sınırlarını oluştururlar.

- Yasa kaydı
 - ölçülülük ilkesi (md.13:[Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.]
 - Öz garantisi (1961 Anayasası md. 11 f. II; 1982 Anayasası md.13: [Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.]
 - Demokratik toplum düzeni gerekleri
 - Laik cumhuriyetin gerekleri (md.13: [Değişik:3.10.2001-4709/2 md.]
- Anayasamızın 13. maddesinde kabul ettiği sınırlamanın sınırlarını oluştururlar.

13. maddede açıkça belirtilmemiş olsa da 2. maddedeki hukuk devleti ilkesinden Anayasamıza göre “**belirginlik ilkesi**”nin de sınırlamanın sınırı olarak kabulü gerekmektedir.

1. Yasa Kaydı

Yasa kaydı, yasa koyucunun temel haklara doğrudan müdahale etmesini ya da idareyi temel haklara müdahale konusunda yetkilendirmesini olanaklı kılmaktadır. Yasa kaydı ile yasa koyucunun temel hak kullanımına sadece yasa ile sınır çizmesine izin verilmektedir.

2. Oranlılık (Ölçülülük) İlkesi sınırlamanın sınırları içinde en önemli olanıdır. Oranlılık ilkesinin meşruluğu, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır. Oranlılık ilkesi, araç ile amaç arasında mantıklı bir ilişki istemektedir. Amaç çok genel nite-

likte tutulmamalı (örneğin: güvenliğin korunması, genel sağlığın korunması gibi), somut olarak belirlenmelidir (örneğin: “büyük gösterilerden doğacak zararları önlemek için”). Amaç ne kadar somut olarak gösterilirse, oranlılık ilkesinin öğelerinden biri olan zorunluluğun varlığı o kadar çok kabul edilir. Çünkü çok özel bir amaca ulaşmak için çoğunlukla başka bir alternatif, yani daha ılımlı bir araç yoktur.

Örnek: Erkek ve kadının ortak bir aile ismi taşımasını aşağıdaki amaçlar gerekli gösterebilir : a) aile birliğini bir şekilde desteklemek (çok geniş amaç); b) aile birliğini dışarıdan belirgin kılmak (geniş amaç); c) aile birliğini ortak bir isim kullanılarak belirgin kılmak (dar amaç). Ülkedeki geleneklere bağlı kalmak amaca eklenecek olursa, sadece bir tek araç söz konusu olabilir: Erkeğin ismini aile ismi olarak kabul etmek.

Aracın kendisi hiçbir şekilde amaç olarak kabul edilmemelidir. Böyle yapılsa oranlılık ilkesi boşa çalışmış olur. (Schmalz, (1991): 64 vd.)

Anayasa md.13'e 2001 değişikliği ile sınırlamanın sınırı olarak getirilen (3.10.2001-4700/2 md.) ölçülülük yada oranlılık ilkesi için aşağıdaki koşullar aranmaktadır:

- Devlet tarafından güdülen amaç takip edilebilir olmalıdır;
- Devlet tarafından kullanılan araç kullanılabilir olmalıdır;
- Aracın kullanılması amaca ulaşmak için elverişli olmalıdır;
- Aracın kullanılması amaca ulaşmak için zorunlu (gerekli) olmalıdır.

Bu koşullar temel hakka müdahale eden (sınırlama getiren) idare ve aynı zamanda müdahale eden veya idareye, müdahale için yetki veren yasa koyucu için geçerlidir.

a. Elverişlilik, devletin müdahale ile yarattığı durum ile güdülen amacın gerçekleşmiş olarak değerlendirildiği durumun, günlük yaşam deneyimlerinden çıkarılan bir nedensellik bağı içinde bulunmaları anlamına gelmektedir. Bir vasıta güdülen amaca ulaşmayı gerçekleştiriyorsa ya da en azından destekliyorsa elverişlidir. Başka bir deyimle sadece sonuca götürecek vasıtalar meşrudur.

b. Zorunluluk olumsuz olarak araştırılır. Bir tedbir elverişliyse ama daha az külfet (yük) veren, yani daha ılımlı olan bir araç varsa zorunlu değildir. (mümkün olan en küçük müdahale, en hafif araç ilkesi, aşırılık yasağı) Güdülen amaca ulaşmak için daha az külfet veren başka bir araç yoksa, o araç zorunludur.

Zorunluluk, müdahale ile yaratılan durum dışında Devletin daha büyük zahmete (sıkıntıya) girmeden yaratabileceği başka bir durumun olmaması, bu durumun vatandaş için daha az külfetli olması, bu durumun güdülen amacın gerçekleşmiş olarak değerlendirildiği durumla, günlük yaşam deneyimlerinden çıkarılan bir nedensellik bağı içinde olması demektir. Yasa koyucu eşit derecede uygun vasıttan aynı zamanda en hafif müdahaleyi mümkün kılanı seçmek zorundadır. Eğer daha hafif, eşit derecede uygun bir araç varsa, daha ağır vasıtalar zorunlu, gerekli değildirler, aşırıdır.

Örnek: İçinde ahlaka aykırı eylemlerin gerçekleştiği saptanmış olan bir otel için kapatma kararı vermeden önce otel sahibinin uyarılması gereklidir (BVerwGE 160).

Elverişlilik ve zorunluluk kriterleri aynı öneme sahip değildir. Elverişlilik denetimi sistematik açıdan zorunluluk denetimi gerisine itilir.

Zorunluluk kriteri, bir çok eşit ölçüde elverişli müdahale olanağından, en küçüğünün ve en toleranslı olanın seçilmesini ister. Bu nedenle müdahalenin yoğunluk basamakları belirlendikçe, oranlılık ilkesi, yasa koyucunun ancak amacına daha az yoğun olan basamakta ulaşamıyorsa, daha yoğun müdahale basamağına adım atmasını ister.

Şu halde bir tartım işlemi gereklidir. Tedbirin(önlemin) amaçladığı yararlar ve önleyeceği zararlar değerlendirilmelidir. Tedbirin topluma ve bireylere vereceği zararlar tartılmalıdır. Zararlar daha büyükse oranlılık yoktur. Oranlılık ilkesi, temel haklara yapılan saldırılarda uygulanmalı, avantajlı kılmalarda uygulanmamalıdır.

Örnek: Embriyonun yaşam hakkı, annenin kişiliğini geliştirme hakkı karşısında, ölünün kişilik hakları, yazarın sanat özgürlüğü karşısında üstün tutulur.

3. Öz (Çekirdek Kriteri)

3.10.2001 Anayasa, değişikliği ile 13.maddeye sınırlamanın sınırı olarak getirilen temel hakkın, dokunulması Anayasa hukukunca haklı çıkarılmayan “özü”, her münferit temel hak için ayrı olarak belirlenmelidir (BVerfGE 22, 180 (219))

Özün belirlenmesi gerektiğinde, hangi sorunun yöneltileceği, ne aranacağı tartışılmıştır:

- Çoğunlukla savunulan “**nispi öz teorisi**”ne göre(Maunz ve Dürig,1990:Art.19 Abs.II, KN 16 vd.) öz sadece **her temel hak için** değil, **her somut olay** için ayrı belirlenmelidir. Ancak her somut olaya katılan kamusal ve özel değerler ve menfaatlerin tartılması ve ölçülmesi ile öze dokunulup dokunulmadığı belirlenebilecektir. Temel hakka somut bir durumda daha az değer biçilmesi gerekiyorsa dokunma söz konusu değildir (BVerfGE 47, 30 (358))Bu teori ile bir bakıma oranlılık ilkesi tekrar edilmiş olmaktadır. Buna karşılık “**mutlak öz teorisi**”, özü, durağan ve somut olay ve durumdan bağımsız olarak anlamaktadır. Bu anlamıyla öz, temel hak çekirdeği, temel cevher, en küçük içerik, en küçük pozisyon vb. kavramlarla ifade edilmektedir (Hendrichs, 1985: Art. 19, KN. 25) Ama neyin dokunulmaz olarak kalması gerektiği bugüne kadar net bir biçimde belirlenememiştir.

Temel hakka yapılan saldırılar, ondan vazgeçmeyi gerektirecek derecede yoğun olduğunda, bir temel hakkın nesinden kesinlikle ödün verilemeyeceğinin belirlenmesine gerek vardır.

F. Alman Anayasa Mahkemesince, bir temel hakkın özüne dokunma yasağının somut bir olayda, bir temel hak çekirdeğinin tümüyle çekilip alınmasını mı yasakladığı, yoksa Anayasa ile düzenlenmiş ve topluma verilmiş olan garantinin pratikte kaldırılması ile temel hak çekirdeğine dokunulmasını mı engellemek istediği konusu

tartışılmıştır (BVerfGE 2, 266 (285). Birinci halde bireylerin tek tek temel haktan faydalanabilmelerinin hala mümkün olup olmadığı, ikinci halde, genelde temel haktan faydalanabilmenin mümkün olup olmadığı önem taşımaktadır. (Pieroth ve Schlink, 1986: 77, KN. 347 vd.)

Örnek: Kaçmasının önlenmesi için polisin öldürücü kurşununa hedef olan hükümlüden yaşamı tümüyle alınmakla birlikte yaşam üzerindeki hakkın genel garantisine dokunulmuş olmamaktadır (Anayasa md. 17 f. I).

Anayasa md. 17 f. IV yaşam hakkına müdahaleleri öngörmektedir. Bu fıkrada yaşam temel hakkını ortadan kaldıran öldürme eylemlerinden söz edilmektedir. Bu durumda md. 17 f. I' in özü, hiçbir bireyden yaşamın alınamayacağı şeklinde yorumlanamayacaktır. Burada öz, topluma verilen garantide aranmalıdır.

Buna karşılık Anayasa md. 17 f. II.deki beden bütünlüğü üzerindeki hakka, yaşam üzerindeki haktan farklı olarak az çok müdahale edilebildiğinden, öz içeriğini topluma verilen garantide aramak için bir neden yoktur.

Temel haklar bireylere tanınmış olduğundan ve bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması durumunda, başka birisinin faydalanabilmesi ona yarar sağlamayacağından, özü toplum için garantide değil, birey için garantide arayan görüşe ağırlık verilmelidir.

Bir temel hakkın özü her zaman onun insan onuru içeriği ile aynı olmayabilir. (Maunz ve Dürig, 1990: Art. 1, Abs.II, KN. 81) Ama temel hakkın insan onuru içeriği, herhalde o temel hakkın özü ile bağdaşmalıdır (Pieroth ve Schlink, 1986: 77, KN. 350 vd.)

1961 Anayasası da F. Alman Anayasası md. 19 f. II' den esinlenerek 11. maddenin ikinci fıkrasında, yasanın temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamayacağı ilkesini getirmişti.

Anayasa Mahkememiz bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, “açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu” kabul etmiştir. (BVerfGE 2, 266 (285)

Yine Anayasa Mahkemesi bir başka kararında,

“bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halinde” o hak ve özgürlüğün özüne dokunulmuş olacağı söz konusu edilebileceğini belirtmiştir. (Mutlak öz teorisi) (E. 1963/25, K. 1963/87, k.t. 8.4.1963, AMKD s. 1, S. 228)

4. Belirginlik İlkesi

Hukuk devletinin, yasaların açık ve belirgin olması emri ile yeni ve özel bir sınırlamanın sınırının yaratılmış olduğu söylenemez.

Çünkü açık ve belirgin olmayan bir yasa, amacına ulaşmak için gerekenden fazla sınırlamaya olanak vereceğinden **oranlılık ilkesini** zedeleyecektir. Bununla birlikte hukuk devletinin gereği olan **belirginlik** ve açıklık **emrinin** birey perspektifini temel alan kendine özgü bir yönü vardır: Yani birey yasa içeriğini daha önceden görebilmeli ve hesaba katabilmelidir.

Yasa bunu sağlayamayacak derecede anlaşılması güç ve belirsizse, artık oranlılık denetimine gerek kalmadan salt bu nedenle Anayasaya aykırı olacaktır. (Pieroth ve Schlink, 1986: 79, KN. 357)

5. İnsan Onuru Kriteri

İnsan onuru, sadece Anayasamızın Başlangıç 6 paragrafı ile değil, diğer temel haklarla da korunmuştur.

Bütün temel haklar insan onuru uğruna gerekli görüldükleri için ve hepsinin temelinde insan onurunu koruma ortak düşüncesi bulunduğu için, insan onurundan kaynaklanırlar ve insan onurunun bağımsızlaşmış parçalarıdır. (BVerfGE 30, 40)

Kuşkusuz temel haklar yaratılmalarını farklı yöndeki siyasal ve sosyal görüşlere borçludurlar ve her defasında zamanın kendine özgü provokasyonlarına bir yanıt niteliği taşırlar. Ancak adalet kavramının tüm değişkenliğine karşın, insan onuru, bu provokasyonlara tüm zamanlar için geçerli olacak en kolay yanıtı oluşturur.

İnsan onurunun korunması ilkesi bir Anayasa değişikliğine karşı Anayasanın 2. maddesinde sözü edilen “**başlangıçta belirtilen temel ilkeler**” (prf. 6) kapsamına girdiği için- Anayasa md. 4 ile garanti altına alınmış olduğundan, her temel hakkın insan onuru içeriği, bu temel haklara yasal yoldan yapılacak sınırlamanın sınırının saptanması bakımından belirlenmelidir.

Temel hakların ortadan kaldırılması ve içeriğinin boşaltılmasına karşı öngörülmüş olan temel hakkın özünün, onun insan onuru içeriği ile eşdeğer olması gerekmez.

Fakat temel hak, insan onuru garantisi ile ne denli güçlü biçimlenirse ve onun tarafından zorunlu olarak istenirse her iki garanti o derece sağlanmış olacaktır.

6. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Kriteri

Anayasa md. 13, ilk şeklinde olduğu gibi, 3.10.2001 Anayasa değişikliğinden sonra da temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların “demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı olamayacağı öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında demokrasiyi, “çağdaş özgürlükçü demokrasi” “batı uygarlığınca benimsenen demokrasi” olarak kabul etmiştir. (E. 1970/48, K. 1972/3, k. t. 8, 9.2.1972, AMKD s. 10, S. 111 vd. S. 128)

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeni konusunda verdiği bir kararında:

“Klasik demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir, kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz” yolunda görüş bildirmiştir.

Mahkemeye göre “özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamaları bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmamalı ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamalıdır” (E. 1985/8, K. 1986/27, k. t. 26.11.1986, AMKD s. 22, S. 323 vd. S. 365-366)

Anayasa Mahkemesi’ne göre hak ve özgürlükler, demokrasinin ayrılmaz birer parçasıdır.

Özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı kısıtlamalardır.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yer almayan **öz** kavramını Anayasa Mahkemesi demokrasinin temel değerleri içinde kabul etmiştir. Bu karara göre Anayasa Mahkemesinin demokrasi anlayışı, çağdaş özgürlükçü Batı Demokrasisi anlamındadır.

Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri konusundaki içtihadı istikrarlı olmamakla birlikte (E. 1985/21, K. 1986/23, k. t. 6.10.1986, AMKD s.22, S. 197 (224)) sürekli içtihadında çağdaş, özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almaktadır. Bu anlayış temel hak ve özgürlüklerin “istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde” sınırlandırılabilen ilkesini benimsemektedir. (Turhan, 1991: 418; Aliefendioğlu, 1996:88)

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını hakkın özü kavramıyla özdeşleştirerek kullanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre bir temel hakkın özünü ortadan kaldıran bir düzenleme aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı düşer. (E. 1986/17, K. 1987/11, k. t. 22.5.1987, AMKD s. 23, S. 222; E. 1988/14, K. 1988/18, k. t. 14.6.1988, AMKD s. 24, S. 253-254; E. 1990/9, K. 1990/13, k.t. 21.6.1990, RG. 3.2.1991-20775)

7. Laik Cumhuriyetin Gereklere Kriteri

2001 Anayasa değişikliği ile (3.10.2001-4709/2 md.) 13. maddeye eklenen temel hak sınırlamalarının “laik Cumhuriyetin gereklerine” aykırı olamayacağı kuralı ile yeni bir sınırlamanın sınırı getirmiş bulunmaktadır.

Öğretide getirilen bu yeni “sınırlamanın sınırı” eleştirilmektedir. Lâikliğin esas itibarıyla, devletin resmî bir dininin olmamasını ve devlet işleri ile din işlerinin ayrılmasını gerektiren bir ilke olduğuna, Devlet işleriyle din işlerinin ayrılması konusunun ise, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemiyle ilgili olmayacağına dikkat çekilmektedir.

Lâiklik ve temel hak ve hürriyetlere saygının birbirinden tamamıyla bağımsız kavramlar olduğu belirtilerek, “lâik Cumhuriyet”in “insan haklarına saygılı Cumhuriyet” demek olmadığı, bir Cumhuriyetin lâik olmasının, onun insanların temel hak ve hürriyetlerine saygılı olduğu anlamına gelmeyeceğine dikkat çekilerek eski SSCB’nin bir “lâik Cumhuriyet” olmasına karşın, “insan haklarına saygılı bir Cumhuriyet” olmadığı vurgulanmaktadır. (Gözler, 2001:53-67. (www.anayasa.gen.tr/madde13.htm; 1.5.2004)

Bir başka görüş, Anayasa Mahkemesinin laiklik konusunda verdiği kararlarda ifade edildiği gibi, laikliğin Türkiye Cumhuriyetine özgü bir anlamı olduğunu, laikliğin Türkiye Cumhuriyeti açısından taşıdığı özel önemin, onu Türk demokrasisinin olmazsa olmaz koşulu haline getirdiğini, bu nedenle laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı her sınırlamanın aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı bir sınırlama olarak değerlendirilmesi, laik Cumhuriyetin gereği yapılan her sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Ayrıca AİHM’in Türkiye hakkında verdiği 9, 10 ve 11. maddelere ilişkin kararlarda Anayasa Mahkemesinin laik-demokrasi ilişkisine yönelik saptamalarının büyük oranda paylaşıldığı, özellikle Refah partisi kararında Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu laikliğin Türk demokrasinin olmazsa olmaz koşuluna ilişkin içtihadının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nce benimsendiği ifade edilmektedir. (Eren, [www.barobirlik.org.tr/yayinlar/dergi/2002_3_04.htm - 68k]; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı, Refah Partisi ve Diğerleri- Türkiye, paragraf. 72, 31.7.2001, (Applications nos. 41342/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98) [http: www.echr. coe .int.](http://www.echr.coe.int))

Bir başka görüşe göre ise, bu yeni sınırlamanın sınırı ile, temel hak ve özgürlüklerin, belli bir dini inancı topluma empoze etme amacı ile yada laik Türkiye Cumhuriyeti Devletinin dini inançlar karşısındaki objektifliğine ters düşecek şekilde sınırlandırılması önlenmeğe çalışılmaktadır.(Teziç, 2003, 194)

2001 değişikliği ile Anayasa koyucu tıpkı demokratik Devlet ilkesi gibi, Anayasanın 1., 2. ve 4. maddeleri gereği değişmezlik kapsamında bulunan Cumhuriyet ve laiklik ilkelerine aykırı temel hak sınırlamalarına izin vermemektedir.

Anayasa bu ilkelere aykırı bir Anayasa değişikliğine bile izin vermediğine göre bu ilkelere aykırı yasa ile yapılacak bir temel hak sınırlamasının yasaklanması da Anayasanın ruhuna uygundur. (İzgi ve Gören, 2002: 200)

VII. Anayasa koyucu temel haklar için sınırlamalar öngördüğünde, bireyin özgürlük isteği ile devlet içindeki toplumsal yaşamın, gerekleri arasında doğal olarak gergin bir ilişki ortaya çıkacaktır. Söz konusu gerekler, başka temel hak taşıyıcılarının özgürlük alanlarına saygı gösterilmesi ve devletin menfaatlerinin ve hukuksal değerlerinin korunmasıdır. Burada ölçülülük ilkesi devreye girecektir. Demokrasi ilkesi ile temel hak garantisi arasındaki karşılıklı etkileşimde, temel hakların sadece Anayasa ile garanti altına alınması değil, onların gerçekten güncelleştirilmesi ve onların günlük hukuksal yaşamda uygulamaya geçirilmesi önem taşımaktadır.

Temel hakların güncelleştirilmesi vatandaşın, gerçekleştirilmesi devlet organlarının, korunması ise Anayasa Mahkemesinin görevidir. (Rupp v. Brünneck, 1983: 25,155)

KAYNAKLAR

ALİEFENDİOĞLU Y. (1996) Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Basımevi, Ankara.

BÖCKENFÖRDE E.W. (1976) Saat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht.

CANSEL E. 1990) Anayasa Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Genel Rapor, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 16, C. 1, s. 41-80.

EREN A. (2002) Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. maddeye İlave Edilen "Laik Cumhuriyetin Gerekleri" Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları Avukatın Disiplin Hukuku, [www.barobirlik.org.tr/yayinlar/dergi/2002_3_04.htm - 68k]; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı, Refah Partisi ve Diğerleri- Türkiye, paragraf. 72, 31.7.2001, (Applications nos. 41342/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98) http: www.echr. coe .int.)

GÖNÜL M. (1990)Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hkaların Korunmasındaki İşlevi, Türk Raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 17, C. II, s. 5-14.

GÖREN Z. (2000) Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir.

GÖZLER K. (2001) “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.53-67. (www.anayasa.gen.tr/madde13.htm; 1.5.2004)

GÖZÜBÜYÜK Ş. ve KİLİ S. (1985) Türk Anayasa Metinleri “Sened-i İttifaktan Günümüze” T. İ. Bankası Kültür .Yayıları, Ankara .

HENDRICH S I. (1985) Kommentar zum Grundgesetz, 9.B., Hamburg.

HESSE K. (1983) Bestand und Bedeutung in : Handbuch des Verfassungsrechts” edited by Maihofer W., Vogel H.J., Berlin-Newyork.

(<http://www.weltpolitik.net/print/1215.htm>; [http:// www.tesev.org.tr/90mad...](http://www.tesev.org.tr/90mad...) ; [http:// www.joleinen.de/](http://www.joleinen.de/) <http://www.jura.uni-goettingen.de/>; Gören, 28.02.2005: Cumhuriyet Gazetesi.

İZGİ Ö. ve GÖREN Z. (2002) T.C.Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara .

KLEİN F. in: v. MANGOLDT ve KLEİN VE STARCK (1985) Das Bonner Grundgesetz (Kommentar) 3. B, Verlag Franz Vahlen, München.

MAIER W. (1993) Staats und Verfassungsrecht, Eich Fleischer Verlag, Achim.

v. MANGOLDT ve KLEİN ve STARCK (1985) Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 3.B, Verlag Franz Vahlen, München.

MAUNZ ve DÜRIG ve HERZOG, (1990) Grundesetz -Kommentar, Bd.I. Art 1-12, Verlag C.H.Beck, München .

MAUNZ TH.(1968),Deutsches Staatsrecht, 16 B.,Verlag C.H.Beck, München.

PIEROTH B. ve SCHLİNK B. (1986), Grundrechte, Staatsrecht, Schwerpunkte II,CH Müller Juristischer Verlag, Heidelberg .

RUPP W. V. B.(1983) Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Verantwortung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden .

SCHMALZ D.(1991) Grundrechte, Nomos Verlagsgesellschaft, 6. B., Baden Baden.

SOYSAL M.(1987) 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, Ankara.

STEIN E.(1984) Staatsrecht, 9. B. J.C.B. Mohr, P. Siebeck, Tübingen .

TEZİÇ E.(2003) Anayasa Hukuku, Beta Basım, İstanbul .

TURHAN M.(1991) Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere,
Anayasa Yargısı 8, Ankara, s. 401-420.

KISALTMALAR

AB Avrupa Birliği
Abs. Absatz: Fıkra
AİHS Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AMKD Anayasa Mahkemesi Kararı Dergisi
Art. Artikel: Madde
ATHŞ Avrupa Temel Haklar Şart
B Bası
Bd Band:Cilt
BVerfG Federal Almanya Anayasa Mahkemesi
BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Almanya
Anayasa Mahkemesi Kararları (Cilt, Sayfa)
BVerwGE Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Federal Almanya İdare
Mahkemesi Kararları (Cilt. Sayfa)
C Cümle
E Esas
f Fıkra
F Federal
Heft Sayı
Hrg Herausgeber:Yayımcı
Jg Jahrgang: yıl
K Karar
K Kanun
KN Kenar Notu
Komm Kommentar: Şerh
Krş Karşılaştırınız
k.t. Karar tarihi
Md. Madde
Nr. Nummer: Sayı
prf Paragraf:madde
S Sayı
s . Sayfa
t tarihli
v ve
Verf Verfassung: Anayasa
Vorb Vorbemerkung: Ön açıklama
v. tarafından
vd. ve devam

