

**13. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi-
Sınırlama ve Güvence İlkeleri
(A Salonu Oturum 5)**

DOÇ. DR. BURAK GEMALMAZ: Hakların sınırlandırılması konusu sadece yeni anayasaya ya da anayasada yapılacak herhangi bir değişikliğe yönelik olmaktan ibaret değil, bugün hemen şimdi uygulanması icap eden, uygulanan güncel bir konudur. O kadar ki önümüzdeki sonbaharda bırakınız Anayasa Mahkemesinin klasik usulünü, anayasa şikayetiyle -Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru usulü- bambaşka bir hal olacak olan anayasa yargısı tamamen hakların sınırlandırılması üzerine kurulacaktır. Hal böyle olunca da hakların sınırlandırılması başlığının güncel önemi yadsınamaz.

Ben bu noktada özellikle ilgi alanım insan hakları hukuku olduğu ve Anayasa Mahkememiz (AYM) de otomatikman uluslararası sözleşmelerle bağlı olduğu için AYM’ye bireysel başvuru usulü bağlamında insan hakları hukuku sınırlandırma rejiminin ana hatlarına değinmeye çalışacağım. İnsan hakları hukukuna baktığımızda hakların bazılarının sınırlandırılabilir bazılarının sınırlandırılmaz nitelikte olduğunu görüyoruz. Şimdi sınırlandırılmaz hakları bir yana bırakalım.

Sınırlandırılabilir haklar, sınırlandırma ölçütleri, teknikleriyle ve sınırlandırma koşullarıyla sınırlandırılabilir. Sayın oturum başkanının ifade ettiği üzere bu ölçütler ve koşullar sınırlandırmanın keyfiyetinin önlenmesindeki ilk ve dolayısıyla en önemli aşamadır.

Müdahalenin Hukukiliği

Bir müdahalenin AİHS’e uygun olması için aranan koşulların başında “hukukilik” unsurunun karşılanması gerekliliği bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Sözleşmesel haklara yapılan müdahalenin hukukilik koşuluna uyma zorunluluğunu en önemli gerek olarak görmektedir. Bugün hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü nosyonunun Sözleşmedeki bütün haklara içkin olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴ Hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü nosyonunun en önemli unsurlarının başında öngörülebilirlik ve kesinlik/belirlilik ilkeleri gelmektedir ki bu ilkeler neredeyse evrensel bir anlam kazanmış olup örneğin Avrupa Birliği hukukunda da caridir.

Öngörülebilirlik ve kesinlik/belirlilik ilkeleri, hakkın öznesini beklenmedik müdahalelere ve sürprizlere karşı korumakta, tasarruflarını gerçekleştirirken hukuki

⁵⁴ *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, GC Judgment of 23 November 2000, para.79; *Pincova and Pinc v. The Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.45; *Malama v. Greece*, App. No.43622/98, Judgment of 1 March 2001, para.43; *Baklanov v. Russia*, App. No.68443/01, Judgment of 9 June 2005, para.40; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, paras. 133-134; *Mullai and others v. Albania*, App. No. 9074/07, Judgment of 23 March 2010, para.113.

durumu göz önünde bulundurmalarını sağlamaktadır. Aynı şekilde bu ilkeler, hak öznelinde, hak sahipliği bakımından statükonun korunacağına dair bir güven duygusu yaratmaktadır. Bu sebeple, “hukuk devleti/hukukun üstünlüğü” nosyonu Sözleşmeye hakim olan en önemli değerlerden birisidir ve Sözleşmesel tüm uyuşmazlıklarda dikkate alınması gereken unsurdur.⁵⁵

Bilindiği üzere, iç mevzuata/yasaya uygunluk ile hukuka uygunluk birbirinden farklı kavramlardır. Hukuka uygunluk, ulusal mevzuatla sınırlanamaz. Aksi halde ulusal mevzuatta/yasalarda öngörülmüş olan her türlü önlemin/müdahalenin hukuka ve giderek Anayasa ve AİHS’e uygun olduğu sonucu çıkar ki bu son tahlilde hem Sözleşme sistemini hem de anayasa şikayetini anlamsız kılar. AİHM, Sözleşmede geçen “hukuk” veya “hukuki” terimleriyle sadece ulusal hukuka referans yapılmadığını ama ayrıca *hukukun üstünlüğüne (rule of law)* uygunluğu gerektiren *hukuk niteliğine (quality of law)* gönderme yapıldığını açıkça belirlemiştir.

Müdahalenin öngörülebilmesi için o müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın hakkın öznesi tarafından biliniyor olması mantığın gereğidir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı evrensel kuralının geçerliliği, kuralın/mevzuatın bilinebilecek olmasına bağlıdır. Mevzuatın bilinebilmesi için ona ulaşabilmek, ulaşabilmek için ise söz konusu mevzuatın aleni olması gereklidir. Aleniyeti sağlayan ise yayındır. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesinin geçerli olduğu hukuk düzenlerinde yayımlanmamış mevzuatın mevcudiyeti, çok istisnai bazı durumlar hariç, düşünülemez. O halde ulaşılabilirlik ölçütünün ön koşulu müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın yayımlanmış olmasıdır.

Mevzuata ulaşıldığında bu kez söz konusu mevzuatın müdahalenin öngörülebilmesini sağlayıp sağlamadığı problemi ile karşılaşılır. Bu noktada mevzuatın anlaşılabilir olması beklenir. Anlaşılabilirlik alt ölçütü bakımından ise, öncelikle bunun mutlak kesinlik unsurunu içermediğini not etmek gerekir. Zira başta kanunlar olmak üzere bütün hukuki düzenlemeler bir ölçüde soyuttur, belirsizdir ve bunların yorumlanması ile icrası uygulamanın sorunudur. Ulusal hukuk sistemini oluşturan Yasamanın iradesi kadar ulusal yargı yerlerinin mevzuatı yorumlaması ve uygulaması

⁵⁵ Bkz. *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A No. 18, para.34; *Engel and Others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A No. 22, para.69; *Silver and Others v. the United Kingdom*, (App. Nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75), Judgment of 25 March 1983, para. 90; *Malone v. the United Kingdom*, (App. No. 8691/79), Judgment of the ECHR of 2 August 1984, para. 67; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, App. Nos.34044/96-35532/97 and 44801/98, Judgment of 22 March 2001, para.50; *Saliba v. Malta*, App. No. 4251/02, Judgment of 8 November 2005, para.37.

temel önemdedir.⁵⁶ Ulaşılabilirlik ölçütü ile anlaşılabilirlik ölçütleri, çoğu olayda bir arada dikkate alınmaktadır.

Öngörülebilirlik kavramı kayda değer ölçüde uyumsuzluk konusu metne, kapsadığı alana ve yöneldiği kişilerin sayı ve statüsüne bağlıdır.⁵⁷ Yasallığı tartışmaya açılan metnin niteliği ve kapsadığı alan oldukça önemlidir. Bu bağlamda, müdahaleye temel teşkil eden mevzuatın anlaşılması için hukuki yardım/danışma gerekmesi, koşullar çerçevesinde makul olarak mütalaa edilecek olursa hukukilik koşuluna aykırılık doğurmaz. Özellikle mesleği icabı çok özenli olması gereken kişiler söz konusu olduğunda durum budur. Bu tip kişilerden mesleki faaliyetlerinin içerdiği riskleri değerlendirmekte özel ihtimam beklenebilir.⁵⁸

Öngörülebilirlik ölçütü hukukilik testinin önemli bir boyutunu oluşturmaktaysa da, bu ölçüt hem mutlak nitelikte değildir hem de bazı hallerde bu ölçüte aykırı tasarrufla bulunulması otomatikman hukukilik testinin ihlali sonucunu doğurmaz.⁵⁹ Hukukun üstünlüğü nosyonundan beslenen bir düzende ilk başta şaşırtıcı gelecek bu durum aslında liberal hukuk sistemlerinde sıkça görülmektedir. Nitekim AB hukukunda da cezai olmayan meselelerde geriye yürürlü düzenlemelerin, kural olarak hukuka aykırı olmadığı gözlemlenebilmektedir. Elbette, cezai meselelerde geriye yürürlü bir mevzuatın hukukilik testini karşılaması mümkün değildir.

Geriye yürürlü mevzuat bakımından söylenmesi gereken en önemli bilgi, burada Strasbourg organlarınca yapılan hukukilik denetiminin kimi davalarda ölçülülük incelemesi içine taşındığıdır. Yani, bir hakka yönelik müdahalenin adil denge kurup kurmadığını tahlil ederken Strasbourg organları, müdahaleye dayanak oluşturan mevzuatın öngörülebilirliğini ve anlaşılabilirliğini bir unsur olarak kullanmaktadır. Bunlar genellikle vergi uyumsuzluklarına ilişkin davalardır.

Şüphe yok ki, hukukun üstünlüğü/hukuk devleti ilkesi üzerine kurulan demokratik bir sistemde bağımsız yargı tarafından verilen kararların icra edilmemesi veyahut bu kararların gereklerinin yerine getirilmemesi düşünülemez. Yargı kararları sadece özel hukuk kişilerini değil kamu makamlarını da bağlar. İcra edilebilir nitelikteki bir yargısal karar uygulanmadığında, insanların hukuk sistemine güveni azalacağı gibi hukuk

⁵⁶ *CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic*, Admissibility Decision of 20 September 2005.

⁵⁷ Bkz. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta, İstanbul, 2009, sf: 458. (Bu kitap bundan sonra “**Mülkiyet Hakkı**” olarak gösterilecektir.)

⁵⁸ Bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:460.

⁵⁹ *A., B., C. and D. v. the United Kingdom*, App. No. 8531/79, Admissibility Decision of 10 March 1981, **DR Vol. 23**, sf:203-211, özellikle 210.

güvenliği de ortadan kalkar; hukuk dışı çözüm mekanizmaları uygulanma alanı bulur. Böyle hallerde hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin öngörülebilirlik, belirlilik ve kesinlik gibi unsurlarının varlığından bahsedilemez. O halde kesinleşmiş veya usuli bakımdan icra edilebilir nitelikteki yargısal kararların yerine getirilmemesi hukukilik testi bakımından ciddi sorunlar doğuracaktır. Nitekim AİHM'in bu konuda çok geniş bir içtihadi birikimi bulunmaktadır.⁶⁰

Ne yazık ki AİHM'in Türkiye'ye karşı verdiği ihlal kararlarının büyük çoğunluğu, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması açısından hükme bağlanmıştır. Yargı kararlarının uygulanmaması Türk hukuk düzenindeki yaygın ve sistematik sorunlara işaret etmektedir. Kesinleşmiş ve icra edilebilir yargı kararlarının yerine getirilmemesi, bir Türk İdare alışkanlığı haline gelmiştir.⁶¹ Başta Anayasası olmak üzere, bütün mevzuatında hukuk devleti ilkesinin meri olduğu yazılan bir hukuk düzeninde yargı kararlarının icra edilmemesi, bunun için İdare ve hatta düpedüz siyasi bir organ olan Yürütme tarafından zorluk ve engellerin çıkarılması ve hukuka karşı hile yapılmasının alışkanlık haline gelmesi, hukukun üstünlüğü ilkesini temelinden tahrir etmektedir.

Bir Devlette hukuk devletinin gerçekleşmesinde Yasama ve Yürütme organları kadar Yargı organı da rol oynamaktadır. AİHS Devletin bütün organlarını bağlayan bir belgedir. Bunun doğal uzantısı olarak hukukilik testinin önemli bir unsurunu uyumsuzluk konusu hukuki problem hakkında ulusal yargı makamlarının tutumu oluşturmaktadır. AİHS ulusal yargı makamlarının Sözleşmesel hakları ilgilendiren aynı hukuki problem karşısında yeknesak bir tavır almasını gerektirmektedir. Aksi durumda ortaya çıkabilecek tutarsız kararlar, bireyleri pozisyonlarını öngöremez duruma düşürür ve ilgili hak çerçevesinde yapılan hukukilik incelemesi sonucunda ihlal bulunmasına yol açar.

Yargının hukukilik testi bağlamındaki tek sorumluluğu, Sözleşmesel hakları ilgilendiren aynı sorunların çözümünde benzer hukuki argümanlar kullanmaktan ibaret değildir. Yargı makamları ayrıca, tekil davalarda verecekleri kararların hukuka uygun

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi ve içtihatlar için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:560-566.

⁶¹ Örneğin bkz. *Kanioğlu and others v. Turkey*, App. No. 44766/98-44771/98 and 44772/98, Judgment of 11 October 2005; *Kuzu v. Turkey*, App. No. 13062/03, Judgment of 17 January 2006; *Abidin Şahin v. Turkey*, App. No. 45559/04, Judgment of 18 December 2007; *Tütüncü and others v. Turkey*, App. No. 74405/01, Judgment of 18 October 2005; *Sevgili v. Turkey*, App. No. 27402/03, Judgment of 18 December 2007; *Kranta v. Turkey*, App. No. 31277/03, Judgment of 16 January 2007; *Ülger v. Turkey*, App. No. 25321/02, Judgment of 26 June 2007; *Kur v. Turkey*, App. No. 43389/98, Judgment of 23 March 2006; *Ali Göktaş v. Turkey*, App. No. 9323/03, Judgment of 12 February 2008; *Apaydın v. Turkey*, App. No. 502/03, Judgment of 12 February 2008; *Kılıç ve Korkut v. Turkey*, App. No. 25949/03-25976/03, Judgment of 12 February 2008; *Yerlikaya v. Turkey*, App. No. 10985/02- 10993/02, Judgment of 8 April 2008.

olmasını sağlamakla da yükümlüdür. Özellikle mevzuatta normatif dayanağı olmayan hukuk dışı ayrımlar yaparak ve yapay kategoriler yaratarak bireylerin haklarına müdahale edilmemelidir. Bireylerin, ulusal mevzuata bakarak aldıkları pozisyon ve takındıkları tavır, bu mevzuatta öngörülmemiş şekilde yargı tarafından geçersiz addedilirse hukuk güvenliğinin sağlanabildiğinden söz edilemez. Devletin organları arasındaki uyumsuzluğun faturası bireye çıkartılamaz.⁶²

Sınırlama Ölçütleri

Ulusalüstü belgelerde düzenlenmiş haklara Taraf Devletçe bir müdahalede bulunulmuş olduğu Sözleşme organ(lar)ınca kabul edilirse, söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenir. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır: **a)** Birinci aşama, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülüp görülmeyeceği ve hukukilik koşulunu karşılayıp karşılamadığı; **b)** İkinci aşama, yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine ya da bir başka deyişle meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve **c)** Üçüncü aşama, müdahalenin/sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır.⁶³

Birinci aşama, yani müdahalenin mutlaka iç hukukta bir temeli olması gerekliliğine ilişkin ayrıntılı bilgilere yukarıda yer verildi. Şimdi burada, bir müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunun incelenmesindeki ikinci aşamaya odaklaşacağız. “Sınırlama ölçütü” denildiğinde, hak ya da özgürlüğün kullanım alanının, yetkili makamlar tarafından daraltılmasında yahut doğrudan kullanımının yasaklanmasında dayanak teşkil eden gerekçeler veya meşru amaçlar ifade edilmek istenmektedir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasına bu “kayıtlamalar” getirilirken, temelde, bireysel yarar ile toplumun çıkarları bir biçimde dengelenmeye ve bağdaştırılmaya çalışılır.⁶⁴ Bu sınırlama ölçütleri genel olarak kamu yararına yönelik ölçütler ile bireysel yarara yönelik ölçütler olarak ikiye ayrılabilirse de, son tahlilde bireysel yararları korumaya yönelik ölçütlerin de genel olarak insan haklarına uygun demokratik bir sistemin sürdürülmesi amacına hizmet etmekle kamusal bir işlev ifa ettiklerini ifade etmekte bir sakınca yoktur.

AİHS sisteminde sınırlama ölçütleri arasında: “Kamu düzeni”, (md.6/1; 9/2); “kamu güvenliği”, (md.8/2; 9/2; 10/2; 11/2); “ulusal güvenlik”, (md.6/1; 8/2; 10/2; 11/2); “ülke bütünlüğü”, (md.10/2); “sağlığın korunması”, (md.8/2; 9/2; 10/2; 11/2); “ahlakın

⁶² Bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:557-566.

⁶³ Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:447.

⁶⁴ Aileen McHarg, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Modern Law Review**, Vol. 62:5, September 1999, sf: 671-696.

korunması” “ya da “ahlakın gereği”, (6/1; 8/2; 9/2; 10/2; 11/2); “özel yaşamın korunması”, (md.6/1); “çocukların/gençlerin menfaatleri/yararı”, (md.6/1); “adaletin yararı”, (md.6/1); “yargının yetke ve yansızlığının korunması”, (md.10/2); “ülkenin ekonomik refahının gereği”, (md.8/2); “başkalarının haklarının korunması”, (md.10/2); “başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması”, (md.8/2; 9/2; 11/2); “başkalarının şöhretinin korunması”, (md.10/2); “suçun önlenmesi”, (md.8/2; 10/2; 11/2); “düzensizliğin önlenmesi”, (md.8/2; 10/2; 11/2); “gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi” (md.10/2) bulunmaktadır.

Hakların, o hak özelinde belirtilen ölçütlerin dışında başka hiçbir ölçütle sınırlandırılması mümkün değildir. Nitekim sınırlama ölçütleri bağlamında ulusal mevzuattaki önemli sorun, ölçütler öngörülmüş bulunan üst ve alt dereceli mevzuat arasında ciddi farklılıkların tespit edilebilmesidir. Daha açık deyişle, Anayasada öngörülmemiş bazı “sınırlama ölçütlerine”, kanunlarda, tüzüklerde ve yönetmeliklerde rastlanabilmektedir.

Bu sorunu pekiştiren ve katmerleştiren bir başka husus ise, tüzük ya da yönetmeliklerde yer verilen bazı sınırlama ölçütlerinin, bunların dayanağını teşkil eden kanunlarda bulunmamasıdır. Böylece, sınırlama ölçütleri bakımından, Anayasaya aykırı kanun, kanuna aykırı tüzük ya da yönetmelik gerçeği ortaya çıkmaktadır. Ve bu durum, sadece eski tarihli olanlarda değil, yeni ve yakın tarihli mevzuat bağlamında da gözlenebilmektedir. Dolayısıyla ulusal mevzuatın sadece bu açıdan bile baştan aşağı yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu söz konusudur.

Ulusal mevzuattaki kayıtlama ölçütlerinin kayda değer bir bölümünde, terimlerin anlam açısından her yöne çekilebilir nitelikte belirsiz/muğlak olduğu tespit edilebilmektedir. Bu tür ölçütler, bunların kötüye kullanılması olasılığına kapı aralamakta yahut en azından isabetsiz şekilde kullanılabilmesini mümkün kılmaktadır. Burada “kötüye kullanım” terimi, bazılarının zannettiği gibi, yetkili makamın mutlaka “kötü niyetle” hareket etmesi şeklinde bir zorunluluğa gönderme yapmaz. Karar merciinin salt bireysel anlayış ve takdirine terk edilen yetkinin kullanımına ilişkin muğlak ölçüt, potansiyel istismara kendiliğinden açıktır. Dolayısıyla bu eksende sorun, karar merciinin olası iradesinin ne yönde tezahür edeceğinden önce, o karar için dayanak kılınan ölçütün ne derecede belirgin olduğunda odaklaşmaktadır.⁶⁵

Hakların sınırlandırılmasında ölçütler meselesi bakımından bizim Anayasamızla AİHS çelişmekteydi. AİHS ve şu anda Anayasamızda her bir madde altında o hakkın hangi

⁶⁵ Mehmet Semih Gemalmaz,– Haydar Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004, sf:2135 vd.

ölçütlerle sınırlanabileceği açıkça yazılıdır. Buradan çıkan sonuç şudur: Bir hak kendisinin düzenleyen madde metninde açıkça yazılı olmayan bir ölçütlerle sınırlanamaz insan hakları hukukunda. Hakların niteliğinin farklı olması, her hak için gerektiğinden farklı sınırlama ölçütleri kullanılmasını gerektirebilir. Haklar bakımından ortak sınırlama ölçütleri olduğu gibi farklı sınırlama ölçütleri de bulunmaktadır. Dolayısıyla genel bir sınırlama klozu insan hakları hukuku tekniğine aykırı düşmektedir. Sözleşmesel düzlemde genel bir sınırlama klozu içeren herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa bizim Anayasamızın 2001 öncesi döneminde böyle bir genel sınırlama klozu bulunmakta ve haklar hem kendilerini düzenleyen maddelerde bulunan özel sınırlama ölçütleriyle hem de 13. Maddede yer alan genel sınırlama ölçütleriyle aynı anda sınırlanabilmekteydi. Bu açıdan bakıldığında Anayasamızdaki sistemde yapılan değişiklik⁶⁶ bu anlamda önemli ve olumludur.

Sınırlamanın Sınırı, Ölçülülük İlkesi ve Takdir Marjı

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sınırlamanın sınırı” incelemesidir. **AİHS** Madde 8-11’e göre sınırlamanın sınırı “demokratik bir toplumda gerekli olan”dır. **AİHS** (md.8–11)’de yer alan hakların sınırlanmasının meşruluğunun incelenmesinde en önemli nokta, devletin müdahalesinin “*demokratik bir toplumda gerekli*” olup olmadığıdır. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin “*ölçülü*” olması anlamına gelmektedir. “Demokratik bir toplumda gerekli olmayan” veyahut diğer bir deyişle “ölçüsüz” sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olur. Ayrıca eklemek gerekir ki, Sözleşme organlarının kararlar pratiklerinde, “hakların özüne dokunmama” ölçütünün de kullanıldığı saptanabilmektedir. Genellikle sınırlama kloxuna sahip olmayan haklar bakımından kullanılan bu sonuncu ölçüt⁶⁷, **AİHS** Protokollerinde düzenlenen haklar bağlamı (örneğin, **P1–2** gibi) ile çeşitli insan hakları sözleşmeleri özelinde geçerlidir.⁶⁸

⁶⁶ 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” (RG, 17/10/2001, s.24556-mükerrer) (md.2) ile değiştirilmiştir, (RG, 17/10/2001, s.24556-mük.-)

⁶⁷ Marc-Andre Eissen, “*The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*”, **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. McDonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf:125-146, 144; Julian Rivers, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, **Cambridge Law Journal**, Vol. 65, No. 1, March 2006, sf:174-207, 184-187.

⁶⁸ Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:448-449

Hemen bir parantez açarak Türk Anayasa hukukunda sınırlandırılmanın sınırı hususunda ne gibi düzenlemeler olduğunu hatırlayalım. 1961 Anayasasında, sınırlamanın sınırı ölçütü olarak hakkın özüne dokunmama şeklinde bir kural getirilmişti.⁶⁹ 12 Eylül 1980 darbesini izleyen *de facto* rejim sürecinde biçimlendirilen ve halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası hazırlanırken, anayasa koyucu, öze dokunma yasağı ölçütünü bir yana bırakmış ve bunun yerine “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmazlık” ölçütünü benimsemiştir. O evrede, önceki ölçütün saklı tutulması gerektiği yolundaki eleştirileri, anayasa koyucu erk, yeni ölçütün insan hakları hukuku belgelerinde de yer aldığı, ve bu ölçütün, “öze dokunma yasağı” ölçütüne göre daha belirgin olduğu ve esasen uluslararası belgelerde de bu ölçütün mevcut olduğu doğrultusunda gerekçeler ileri sürmüşlerdi.⁷⁰

Öze dokunma yasağının insan hakları hukuku belgelerinde yer aldığı ve dahası denetim organları tarafından kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda 82 Anayasasının düzenlemesinin isabetli olmadığı anlaşılmaktaydı. Nihayet, AYM’nin zaten fiilen uyguladığı hakkın özü ölçütü, yukarıda işaret edilen 2001 tarihli değişiklikle AY Madde 13 metnine alınarak bu konudaki karmaşık hukuki yapılanmaya bir son verilmiştir, insan hakları standartlarıyla belli bir ölçüde uyum sağlanmıştır.

Parantezi kapadıktan sonra, sınırlamanın sınırına ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanmasına dönebiliriz. İşte bu noktada takdir marjı denilen kavram gündeme geliyor. Çok işlevli bir kavram olan takdir marjı bir müdahalenin “gerekliliği” hakkındaki kararı en iyi verebilecek olan makamın ulusal makamlar olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak ulusal makamların bu takdir marjı, Strasbourg organlarının denetimine tabidir.

Ne de olsa bir sınırlama, yalnız bunu gerekli kılan “sosyal ihtiyaç baskısı” varsa meşru olabilir. Hakları düzenleyen madde metinlerinde yazmayan bu ölçüt tamamen AİHM’in yargısal kurgusuyla devşirilmiştir. Demokratik bir toplumda hakların sınırlandırılmasına yol açacak müdahale, öyle sıradan bir kaygıya dayanarak yapılamaz. Zira AİHM’e göre, “gereklilik” klozu “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” ya da “arzu edilen”

⁶⁹ **1961 AY** (md.11)’in orijinal metni şöyleydi:

“**Madde 11** – Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.”

⁷⁰ **1982 AY** (md.13)’ün “Gerekçe”si için bkz., Mehmet Akad – Abdullah Dinçkol, **1982 Anayasası: Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, Alkım Yayınevi, İstanbul, Tarihsiz (1998), sf.72.

gibi terimlerin ve kavramların sahip olduğu esnekliğe sahip değildir.⁷¹ Devletlere bırakılan takdir marjının kapsamı belirlenirken, söz konusu hakkın önemi, hakkı sınırlandırılan başvuruçunun eylemi/tasarrufu, sınırlandırmanın amacı ve bununla bağlantılı olarak sınırlamanın yapıldığı Devletteki hukuki-siyasi koşullar dikkate alınmak durumundadır.⁷²

AİHS'nin bütünü bağlamında ulusal makamlara bırakılan takdir marjının boyutu somut olayın koşullarına göre değişmektedir. Eğer AK üyesi Devletlerin o spesifik konudaki anlayışı yeknesak ise, yani Devletler bir çeşit konsensüse varmışsa takdir marjı darlaşacak ve sapmanın meşrulaştırılması güçleşecektir. Eğer bir konsensüs yok ise, bu defa takdir marjı geniş olacak ve ihlal bulunması güçleşecektir. Konsensüs incelemesinin yanında Mahkeme uyuşmazlığın entim/mahrem meseleleri içerip içermediğine, pozitif yükümlülüklerle ilgili olup olmadığı, acil durumlarla ilgili olup olmadığı veya ulusal güvenlikle ilgili olup olmadığı gibi faktörlere bakarak da takdir marjının boyutunu belirlemektedir.⁷³

Hemen somutlaştıralım. Örneğin cinsellikle ilgili konularda taraf devletlerin hakkın sınırlanması açısından sahip olduğu takdir marjı son derece dar iken mülkiyet meselelerinde devletlerin takdir marjı daha geniştir. O hak talebiniz o kadar mahrem o kadar önemli o kadar öze ilişkindir ki devletin takdir marjı yok denecek kadar azdır ve dolayısıyla AİHM'in dengeleme yaparken bakış açısı ağırlıklı olarak haktan yanadır. Oysa mülkiyet hakkını ele alalım: basit bir kullanımınıza müdahale var, malın değerinden de bir oranda kaybediyorsunuz ama malvarlığınız devam ediyor. Bu noktada AİHM mülkiyet hakkını o kadar önemli görmeyerek takdir marjını geniş tutacak ve dolayısıyla dengede devlet tarafına daha ağırlık vermesi muhtemel olabilecektir. Sonuç olarak burada, hem hak bazında hem de somut olayın özellikleri bazında değişken ve görelî bir değerlendirme ve denetleme yapılmaktadır.

Sonuç

Anayasa şikayeti usulüyle hakların sınırlandırılması konusu, anayasa yargısı gündeminin ilk maddeleri arasında yer alacaktır. Türk Anayasa Mahkemesinin daha önce

⁷¹ *Handyside v. the United Kingdom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, para.48; *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.112-113.

⁷² *Buckley v. the United Kingdom*, App. No.20348/92, Judgment of 25 September 1996, para.76; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Judgment of 29 June 2004, paras. 99-115. Bilgi için bkz., Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:527.

⁷³ Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:525.

bireysel başvurularda bir yargılama tecrübesi olmadığı için, hakların sınırlandırılması meselesinde AİHM'in geliştirdiği sisteminin büyük ölçüde benimseneceği aşıkardır. Hal böyle olunca, AİHM'in geliştirdiği standartların bilinmesi elzem hale gelmektedir. Kamu ile hak sahibi birey arasında çatışan çıkarların somut olay özelinde dengelenmesi için AİHM'in dikkate aldığı faktörler Anayasa Mahkemesince de göz önünde bulundurulacaktır.

Bunun dışında kanımca, Güney Afrika Anayasasının 36. Maddesinin bir benzeri ya yeni anayasaya koyulmalı ya da 82 Anayasasına eklenmeli. “Hakların sınırlandırılması” genel başlığını taşıyan bu madde kenar başlığının verdiği ilk izlenimin aksine bir sınırlandırma klozu değil, sınırlandırmanın sınırı klozudur. Ve yukarıda uzun uzun AİHM içtihatlarından özetlenen bütün unsurları bir maddenin içine, genel klozun içine tek tek yedirerek onun bütün haklar bakımından geçerli olmasını sağlamıştır. Böyle bir formül pekâlâ Türk Anayasası bakımından da uygulanabilir.