

### 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği

Doç. Dr. Kemal GÖZLER\*

Türk anayasa tarihinde en kapsamlı üç anayasa değişikliği, 1909, 1971 ve 2001 yıllarında yapılmış olan anayasa değişiklikleridir. İkinci Meşrutiyet döneminde gerçekleştirilen 8 Ağustos 1909 tarihli anayasa değişikliğiyle<sup>1</sup>, 1876 Kanun-u Esasîsinin toplam 24 maddesi değiştirilmiştir. 12 Mart döneminde 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla<sup>2</sup>, 1961 Anayasasının toplam 34 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Nihayet içinde bulunduğumuz dönemde, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla<sup>3</sup>, 1982 Anayasasının toplam 33 maddesinde değişiklik gerçekleştirilmiştir<sup>4</sup>. 1909 anayasa değişikliği fevkalâde önemlidir; zira, bu değişikliklerle mutlak monarşiden meşrutî monarşiye geçilmiştir. 1971 değişiklikleri de fevkalâde önemlidir; zira bu değişikliklerle yürütme organı güçlendirilmiş ve temel hak ve hürriyetler sistemi daraltılmıştır. Peki ama kapsamı itibarıyla 1909 ve 1971 değişiklikleriyle boy ölçüşen 2001 değişikliklerinin önemi nerededir?

Hemen belirtelim ki, kanımızca, 2001 değişikliklerinin 1909 ve 1971 değişiklikleriyle kıyaslanmasına imkân olmadığı gibi, bu değişikliklerinin herhangi bir önemi de yoktur. Bunlar tamamıyla gereksiz, önemsiz, olsa da olacak, olmasa da olacak türden, eften püften değişikliklerdir. Kısacası 2001 değişiklikleri bir “abesle iştigal” örneğidir. İşte biz burada 2001 değişikliklerinin nasıl ve neden bir “abesle iştigal”den ibaret olduğunu örnekleriyle göstermeye çalışacağız.

2001 değişikliklerinin başlıca özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz: **(1)** 2001 değişikliklerinin bir kısmı kelime değişikliklerinden ibarettir. **(2)** Diğer bir kısmı ise hukukî sonuç

\* Uludağ Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi öğretim üyesi (Görükle-Bursa) (gozler@uludag.edu.tr).

<sup>1</sup>.*Düstur*, İkinci Tertip, Cilt I, s.638; Suna Kili ve Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri*, Ankara, İş Bankası Yayınları, 1985, s.74-78.

<sup>2</sup>.*Resmî Gazete*, 22 Eylül 1971, Sayı 13964.

<sup>3</sup>.*Resmî Gazete*, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 (Mükerrer).

<sup>4</sup>.Aslında bu Kanunun kendisi 34 maddede değişiklik yapmıştır. Ama Kanunun 27'nci maddesi Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmayarak halkoylamasına sunulmuş, daha sonra da bu maddenin değiştirdiği madde (m.86) Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından değiştirilmiştir.

doğurmayan değişikliklerdir. (3) 2001 değişikliklerinden önemli bir kısmı kanunla, hatta yönetmelikle yapılabilecek düzeyde değişikliklerdir. (4) 2001 değişikliklerinin bir kısmı gereksizdir. (5) 2001 değişikliklerinin bazılarının ise değiştirdikleri maddeden hiçbir farkları yoktur. (6) 2001 değişikliklerinin çoğunluğu, önemsiz, ufak tefek değişikliklerdir. (7) Kaldı ki, 2001 değişikliklerinin bir kısmında teknik kusurlar vardır. (8) Nihayet, 2001 değişiklikleri içinde fevkalade zararlı sonuçlar doğuracak olanları da vardır. Şimdi bu sekiz özelliği biraz yakından görelim:

### I. Kelime Değişiklikleri

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun bazı maddeleri, değiştirdiği Anayasa maddesinin anlamını değil, kelimelerini değiştirmektedir.

**Örnek 1:** 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği Kanununun 3'üncü maddesi, 1982 Anayasasının 14'üncü maddesinin eski şeklinde yer alan "*Anayasanın hiçbir hükmü*" ifadesini "*Anayasa hükümlerinden hiç biri*" ifadesiyle değiştirmiştir. Her iki ifadenin anlamı aynıdır.

**Örnek 2:** Anayasa değişikliği, Anayasanın 118'inci maddesinin eski şeklinin üçüncü fıkrasında yer alan "*öncelikle dikkate alınır*" ibaresini "*değerlendirilir*" ibaresiyle değiştirmiştir. İdari teşkilât içinde "danışma organı" niteliğinde olan bir organın kararı, mahiyeti gereği bağlayıcı değildir; o nedenle bu organın kararları "öncelikle dikkate alınsa" da, "değerlendirilse" de değişen bir şey olmaz. Bu organ, bir danışma organı ise kararı istişarî niteliktedir; yok eğer bu organın kararları istişarî nitelikte değilse bu organ danışma organ değil, icra organıdır; o zaman ortaya demokrasi bakımından büyük problem çıkar.

Kelime değişikliklerine en güzel örnek, bu anayasa değişikliğinin temelinde bulunan Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Anayasa Değişikliği Teklifinde Anayasanın 22'nci maddesini değiştirilmesi, ama maddede yapılan tek değişikliğin "*haberleşme*" kelimesi yerine "*iletişim*" kelimesinin kullanılmasından ibaret olmasaydı. Partilerarası Uzlaşma Komisyonu, 22'nci maddeyi neredeyse aynen kaleme almıştı; ama bir farkla: "Haberleşme" kelimesini geçtiği her yerde "iletişim" kelimesini kullanarak. Neyse ki, bu anlamsız kelime değişikliğinden daha sonra vazgeçildi.

Bir maddenin anlamında değişiklik olmadıkça, maddenin kelimelerinin değiştirilmesinin hukuk bakımından hiçbir önemi yoktur. Zira, hukuk normu, maddenin metni, yani kelimeleri değil, bu kelimelerinin ifade ettiği anlamdır. O hâlde kelime değişikliklerinden ibaret değişiklikler abesle iştigalden başka bir şey değildir.

## II. Hukukî Sonuç Doğurmayan Değişiklikler

3 Ekim 2001 tarihinde yapılan anayasa değişikliklerinden bir kısmı, hukukî sonuç doğurmaktan uzak değişikliklerdir. Yani yapılan değişiklikle hukuk düzeninde yeni bir şey doğmamakta, var olan bir şey sona ermemekte veya değişmemektedir.

### Örnek 1: Hiçbir Faaliyet (Başlangıç)

1982 Anayasasının Başlangıç kısmının eski şeklinde “*hiçbir düşünce ve mülahazanın* Türk millî menfaatleri... karşısında korunma göremeyeceği” öngörülüyordu. Anayasa değişikliği burada geçen “*hiçbir düşünce ve mülahazanın*” ibaresini “*hiçbir faaliyetin*” ibaresiyle değiştirmiştir. Artık Türk millî menfaatleri karşısında “*hiçbir düşünce ve mülahaza*” değil, “*hiçbir faaliyet*” himaye görmeyecektir. Yapılan bu değişiklikle acaba Türk hukuk düzeninde ne değişmiştir? “Faaliyet”, Arapça “fiil” kökünden türemiş bir isimdir. Bir düşünce açıklaması ise tartışmasız bir şekilde bir “fiil”dir. O hâlde, “düşünce” denen şey, insanın zihninde kalmadıkça kaçınılmaz olarak bir “fiil”dir. Diğer bir ifadeyle, düşüncenin, söz, yazı, resim vb. yollarla dış dünyaya yansıtılması bir “faaliyet” teşkil eder.

Dahası anayasaların “başlangıç” bölümleri, o anayasanın dayandığı temel felsefeyi ifade eden ve çoğunlukla normatif değerden yoksun olan, herhangi bir hukukî sonuç doğurmayan, manevî değerde metinlerdir. Bunlarda yapılacak değişikliklerin de mahiyetleri gereği herhangi bir hukukî sonuç doğurması imkansızdır. Kanımızca, bir hukukî sonuç doğurmayan, yani hukuk âleminde herhangi bir değişikliğe yol açmayan ibareleri değiştirmek “abesle iştigal”den başka bir şey değildir. 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle de 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında yer alan “*kutsal Türk Devleti*” ibaresi, “*yüce Türk Devleti*” olarak değiştirilmişti. Acaba 1995’e kadar “*kutsal*” olan Türk Devleti, “1995’ten bu yana varlığına “*yüce*” bir Devlet olarak devam etmesinin Türk hukuk düzeninde yarattığı değişiklik ne olmuştur? Anayasanın Başlangıcında yapılan bu tür değişikliklerin, hukuk âleminde herhangi bir değişikliğe yol açması mantıken mümkün değildir; çünkü, zaten bu tür ibarelerin

doğurduğu herhangi bir hukukî sonuç yoktur. Bu tür ibareler, normatif anlamdan yoksundur. Normatif anlamdan yoksun oldukları sürece de, bu tür ibarelerde değişiklik yapılması, hukukî bir faaliyet değil, dilbilgisel bir faaliyetten başka bir şey değildir.

### **Örnek 2: Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı (m.34)**

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin olarak Anayasanın 34'üncü maddesinde yaptığı değişikliğin, 34 üncü maddenin ilk şeklinden farklı ve hukuk âleminde değişikliğe yol açacak, yani bir hukukî sonuç doğurabilecek hiçbir yanı yoktur.

1982 Anayasasının "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" başlıklı 34'üncü maddesinin eski şekli şöyledi:

"Madde 34.- Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idarî merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâhı tespit edebilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya millî güvenlik gereklerinin ihlâl edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanun, aynı sebeplere dayalı olarak bir ile bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez.

Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler".

Bu maddenin yeni şekliyse şöyledir:

“Madde 34.- Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın veya genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir”. Maddenin yeni şeklindeki hükümler, genel olarak, maddenin eski şeklinde de vardır. Ancak eski şekilde olup da, maddenin yeni şeklinde olmayan hükümler de vardır. Bu hükümler şunlardır:

**a)** 1982 Anayasasının 34’üncü maddesinin eski şeklinin ikinci fıkrasında yer alan “Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idarî merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâhı tespit edebilir” hükmü yeni şeklinde yer almamaktadır. Ancak, bu hükmün çıkarılmasıyla, isteyen kişilerin istediği her yerde gösteri yürüyüşü yapabileceklerine imkân tanındığı sonucu çıkarılamaz. Zira, Anayasa Değişikliğine göre de kanunla kamu düzeni sebebiyle gösteri yürüyüşü sınırlandırılabilir. Zaten medenî bir toplumda, isteyen her kişinin şehrin istediği her caddesinde gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahip olduğu düşünülemez. Dolayısıyla 34’üncü maddenin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmasının hukuk düzeninde yaratacağı herhangi bir değişiklik yoktur.

**b)** 1982 Anayasasının 34’üncü maddesinin eski şeklinin üçüncü fıkrasında yer alan,

“kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya millî güvenlik gereklerinin ihlâl edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanun, aynı sebeplere dayalı olarak bir ile bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez”

hükmü de Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, bu hüküm, yürürlükten kaldırılmış olsa da, maddenin yeni şeklinin üçüncü fıkrasına göre, kanunla, yetkili mercilere belirli sebeplerle toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklama ve erteleme

yetkisi yine verilebilir. Böyle bir kanun maddenin yeni şekline de aykırı olmaz. Zira maddenin yeni şekli de, bir yandan, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının millî güvenlik ve kamu düzeni, vb. sebeplerle kanunla sınırlanabileceğini kabul etmekte (m.34/2); diğer yandan da, “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir” (m.34/3) demektedir.

Dolayısıyla Anayasa değişikliğinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından doğuracağı herhangi bir hukukî sonuç yoktur. Bu nedenle de 34’üncü maddedeki değişiklikler abesle iştigalden başka bir şey değildir.

**c) 1982 Anayasasının 34’üncü maddesinin eski şeklinin son fıkrasında yer alan**

“dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler”

şeklindeki hüküm, Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, bu hüküm yürürlükten kaldırılmış olsa da, dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri yine de mümkün değildir. Zira bu tüzel kişiler mahiyetleri gereği “ihtisas ilkesi (spesyalite prensibi)”ne tâbidirler. Zaten bu tüzel kişiler, sadece toplantı ve gösteri yürüyüşü değil, kendi amaçları dışında başka hiçbir faaliyette bulunamazlar. Dolayısıyla Anayasa değişikliğinin 34’üncü maddenin son fıkrasının ilga edilmesinin hukuk alanında yaratabileceği herhangi bir değişiklik olamaz.

Görüldüğü gibi 34’üncü maddenin yeni şekliyle eski şekli arasında doğrudukları hüküm ve sonuçlar bakımından hiçbir farklılık yoktur. Madem, hukuk düzeninde bir farklılık yaratılmayacak idiyse, niçin 34’üncü maddede değişiklik yapılmıştır? Bunu anlamak mümkün değil. Bu değişiklik bir “normatif değişiklik”, yani “maddenin anlamında olan bir değişiklik değil, bir “redaksiyon değişikliği”, yani maddenin yazılış usûlünde bir değişikliktir. Bu tür değişikliklere “itibarî değişiklikler” veya “nominal değişiklikler” ismini de verebiliriz.

### **Örnek 3: Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları (m.65)**

1982 Anayasasının 65'inci icra maddesinin eski şekli şöyle diyordu:

*“XVII. Sosyal ve ekonomik hakların sınırı*

Madde 65.- Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirilir.”

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ise bu maddeyi şu şekilde değiştirmiştir:

*“XIII. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları.*

Madde 65.- Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

Bu değişiklikle “ekonomik istikrarın korunmasını gözetme” sınırı kaldırılmış olmaktadır. Demek ki artık devlet ekonomik istikrarı, göz ardı ederek kişilerin sosyal haklarını gerçekleştirmek için harcamalar yapabilecektir. Bu değişiklik, ekonomik istikrara ihtiyacımızın olduğu şu günlerde, yasama organının bu ihtiyaca ne kadar duyarsız olduğunun bir göstergesidir. Her halükârda sosyal ve ekonomik haklar, mahiyetleri gereği negatif statü hakları gibi devlete birtakım hukukî yükümlülükler yüklemeyiz. Negatif statü haklarının gerçekleştirilmesi kolaydır. Devlet konut dokunulmazlığını anayasayla, kanunla tanıyorsa ve uygulamada da kişinin evine girmezse bu hak gerçekleşmiş olur. Ama sosyal ve ekonomik haklar, mahiyetleri gereği anayasayla, kanunla tanınarak gerçekleşen haklar değildir; örneğin konut hakkı, devlet, “herkese konut hakkı tanıdım” deyince; sağlık hakkı, devlet, “herkese sağlık hakkı tanıdım” deyince gerçekleşmiyor. Zira, bu hakların gerçekleşmesi için, devletin konut yapması, hastane inşa etmesi gerekiyor. Devletin elinde sihirli bir değnek olmadığına göre, bunları ancak malî kaynaklarının yeterli olması hâlinde gerçekleştirebilecektir. Anayasada bir 65'inci madde olmasaydı, sanki devlet sağlık hakkını, eğitim hakkını, konut hakkını arzu edildiği şekilde gerçekleştirebilecek miydi? Mezarlıklar sağlık hakkının, mahiyeti gereği sınırlı bir hak olduğunun en güzel kanıtıdır. Siz 65'inci maddede “devlet, sosyal ve ekonomik hakları malî

kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” deseniz de demesiniz de, bu haklar ancak malî kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebilir. O hâlde 65’inci maddede yapılacak bütün değişiklikler, mahiyeti gereği hukukî sonuç doğurmaktan uzak değişikliklerdir. Bırakınız 65’inci maddede değişiklik yapmayı değil, 65’inci maddeyi olduğu gibi ilga etseniz bile, hukuk aleminde değişen hiçbir şey olmayacaktır. O nedenle 65’inci madde de yapılan bu değişiklik de bir abesle iştigal örneğidir.

### **III. Kanunla Yapılabilecek Değişiklikler**

3 Ekim 2001 tarihinde yapılan Anayasa değişikliklerinden bir kısmının Anayasayla değişikliği yapılması şart değildir; bunlar adî kanunla da yapılabilirdi. Kanunla yapılabilecek bir değişikliğin Anayasa değişikliği yoluyla yapılmasının zaman ve emek kaybından başka bir anlamı yoktur. Keza, Anayasa maddî bakımından anayasal nitelikte olmayan hükümler konulması, bizatihi anayasacılığın anlamına aykırıdır.

#### **Örnek 1: Ölüm Cezasının İlgası (m.38)**

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle Anayasanın 38’inci maddesine “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları hâlleri dışında ölüm cezası verilemez” şeklinde bir fıkra eklenerek idam cezası ilga edilmiştir. Kanımızca, bu değişiklik de bir abesle iştigal örneğidir. Hukuk tekniği bakımından, Türkiye’de ölüm cezasının kaldırılması için anayasa değişikliği gerekli değildir. Kanunla bu ceza kaldırılabilir. Bilindiği gibi, anayasalar, özgürlüklerin sınırlandırılmasını *emreden* değil, sınırlandırılmasına belirli koşullar altında *izin veren* kurallardır. Anayasada ölüm cezasının geçmesi, kanun koyucunun mutlaka ölüm cezasını öngörmek zorunda olduğu anlamına değil, eğer ölüm cezasını öngörürse, bu cezanın Anayasaya aykırı olmayacağı anlamına gelir. O nedenle Türkiye’de yasama organı çıkaracağı bir kanunla ölüm cezasını ilga edilebilirdi. O hâlde kanunla yapılabilecek bir şey için Anayasada değişiklik yapılmasının emek ve zaman kaybından başka bir anlamı yoktur.

#### **Örnek 2: Başvuru Yollarının Belirtilmesi (m.40)**

Anayasa Değişikliği Anayasanın 40’inci maddesine şu fıkrayı eklemektedir:  
“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”



Böyle bir hükmün Anayasada yer almasının hiçbir anlam ve gereği yoktur. Böyle bir kural, kanunla, kanun hükmünde kararnameyle ve hatta bir Başbakanlık genelgesiyle kabul edilebilir ve uygulamaya konulabilir. Genelge konusu olabilecek bir hükmün, normlar hiyerarşinin en tepesine yerleştirilmesi bizatihi Anayasa kavramının saygınlığını lekelemektedir. Diğer yandan belirtelim ki, idarî usûle ilişkin düzenlemeler, sistemin bütünü göz önüne alınarak yapılması gereken teknik düzenlemelerdir. Böyle bir hüküm, idarî usûl sistemimizde başka değişikliklerle birlikte yapılması gerekir. Sistemin tümü göz önüne alınmadan yapılan tek bir değişiklik beklenen sonucu değil, tersine beklenmeyen daha zararlı sonuçları ortaya çıkarır. Örneğin sistemimizde, idarenin kendisine yapılan başvurulara cevap verme zorunluluğu yoktur. Bilindiği gibi, idarenin 60 gün boyunca cevap vermediği başvurular reddedilmiş sayılır. Buna "zımnî ret kararı" denir. Zımnî ret kararı müessesesinin olduğu bir sistemde, idarenin alacağı kararlara başvuru yollarının belirtilmesi zorunluluğunun getirilmesi, idareyi sarih karar almamaya, zımnî ret kararları almaya iter. Zımnî ret kararı usûlünde ise, işin mahiyeti gereği, idarenin bu karara karşı başvuru yollarını belirtmesi gerekli değildir; kaldı ki mümkün de değildir. Dolayısıyla idare, başvuru yolunu belirleme zorunluluğundan zımnî ret usûlüyle her zaman kurutulabilir. Bu durumda ise, bireylere güvence getirmek için öngörülmüş bir usûl, onların aleyhine dönüşür. Ayrıca bu hükmün idare açısından bazı sakıncaları da olabilir. İdarenin işlemlerine karşı hangi kanun yollarına, hangi mercilere, hangi süre içinde başvurulacağıının belirtilmesi öyle sanıldığı gibi basit sorun değil, tamamıyla bir uzmanlık sorunudur. Hukuk müşavirlikleri olmayan köy idareleri, küçük belediye idareleri gibi idareler, bunu bilebilecek durumda değildir. Bu zorunluluk yüzünden bazı idarî makamlar, işlem tesis etmekten çekinir hâle gelebilir.

#### **IV. Gereksiz Değişiklikler**

Anayasa değişikliklerinden bir kısmı, tamamıyla gereksiz değişikliklerdir. O konuda zaten hiçbir hukukî sorun yoktur. Boşu boşuna Anayasada değişiklik yapılmaktadır. Zaten değişiklik ile getirilen şey kanunlarla daha önceden getirilmiştir. O nedenle de bu tür değişikliklerin getireceği hiçbir yenilik olmayacaktır. O hâlde bu tür değişiklikler abesle iştigalden başka bir şey değildir.

**Örnek 1: Kanunla Yasaklanmış Olan Dilde Yayın Yasağı  
(m.28/2)**

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 1982 Anayasasının 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz" hükmünü yürürlükten kaldırılmıştır. Kanımızca bu hükmün Anayasadan çıkarılmasına gerek yoktur. Zira, 19 Ekim 1983 tarih ve 2932 sayılı "Türkçe'den Başka Dille Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun" ile bazı dillerle yayın yapılması yasaklanmıştı. Bu Kanun 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştı. Dolayısıyla Anayasanın 28'inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmamış olsaydı bile, Türkiye'de isteyen istediği dilde yayın yapabiliirdi. Kanunla kaldırılmış bir yasağın bir kez de Anayasayla kaldırılmasına niçin gerek duyulduğunu anlamak mümkün değildir. Bunun hukuken bir gereği yoktur; çünkü, anayasa kuralları özgürlüklerin sınırlandırılmasını *emreden* değil, sınırlandırılmasına *izin* veren kurallardır. Anayasa belirli dillerde yayın yapılmasının yasaklanabilmesine izin vermesine rağmen, kanun koyucu bu yasaklama iznini kullanmayabilir. Türkiye'de 1991'den beri de kullanmamaktadır. Dolayısıyla ayrıca bir kanunla yasaklanmadıkça, Anayasada böyle bir hükmün olması, Türkiye'de Türkçe dışında başka dillerle yayın yapılmasına engel değildir.

### **Örnek 2: Adil Yargılanma Hakkı (m.36/1)**

1982 Anayasasının "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesinin birinci fıkrasının ilk şekline göre,

"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir".

Anayasa değişikliği "*âdil yargılanma*" ibaresini ekleyerek, bu fıkrayı şu hâle getirmektedir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma *ile âdil yargılanma* hakkına sahiptir".

Böylece yasama organı, Anayasaya "âdil yargılanma hakkı" diye bir hak ilâve ettiğini sanmıştır. Bu "âdil yargılanma hakkı" zaten maddenin kendisinde vardır. Zira, "yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkı", acaba "yargılanma hakkı" demek değil de ne demektir?

### **Örnek 3: Eşler Arasında Eşitlik (m.41/1)**

Anayasa değişikliğiyle Anayasasının 41'inci maddesinin ilk fıkrasının, bu fıkraya “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresi eklenerek, “aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır” hâline getirmiştir. Kanımca bu da gereksiz bir hükümdür. Bir kere, Anayasamızın 8'inci maddesi eşitlik ilkesini tanımış, cinsiyet bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Anayasamızın diğer maddelerinde de karı-koca arasında eşitsizlik yaratan bir hüküm yoktur. Karı-koca arasında eşitsizlik yaratan hükümler yer yer eski Medenî Kanununda vardı. Bu hükümler de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek ayıklanmıştır. Kanun konusu olan bir hususun Anayasada düzenlenmesinin bir anlamı ve gereği yoktur.

### **Örnek 4: Yabancı Babadan ve Türk Anadan Olan Çocuğun Vatandaşlığı (m.66/2)**

Anayasamızın 66' ıncı maddesinin eski şeklinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi, “yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” demektedir. Anayasa değişikliğiyle bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Anayasa değişikliğinin de hukuk düzenimizde yaratacağı bir değişiklik yoktur. Çünkü, 11 Şubat 1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 1'inci maddesi, “Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşdırlar” demektedir. Aynı şekilde Türk Vatandaşlık Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik de, “çocuğun doğumla Türk vatandaşlığını kazanması için ana veya babadan yalnız birinin doğum tarihinde Türk vatandaşı olması yeterlidir. Diğerinin yabancı olması bu sonucu etkilemez” demektedir (m.4/2). Dolayısıyla, Anayasamızın 66'ncı maddesinin eski şeklinde her ne kadar ana ile baba arasında eşitsizlik yaratılmasına imkân veren hüküm varsa da, uygulamada bu yolda bir eşitsizlik yoktur. Sorun oluşturmayan bir konuda niçin Anayasa değişikliğine gerek duyulduğu anlaşılammaktadır. Yani, anayasa değişikliğinin öncesi ile sonrası arasında hiçbir fark yoktur. Anayasa değişikliği sahte bir sorunu çözmeye çalışmaktadır. Türkiye'nin böyle bir sorunu yoktur.

### **V. Öncekinden Farksız Değişiklikler**

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasanın değiştirilen maddelerinden önemli bir kısmının eski

şekliyle yeni şekli arasında pek bir fark yoktur. Örneğin özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), haber alma hürriyetine (m.31/2) ilişkin yaptığı değişiklikler normatif sonuçları bakımından bu maddelerin yürürlükteki şekillerinden farklı değildir.

### **Örnek 1: Özel Hayatın Gizliliği (m.20)**

Anayasamızın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20’nci maddesinin eski şeklinin ikinci fıkrası şöyle diyordu:

“Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz”.

Anayasa değişikliği bu fıkrayı şu şekilde değiştirmiştir:

“Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. En geç kırksekiz saat içinde hakim onayına sunulmayan el koyma kendiliğinden kalkar.”

Fıkranın yeni şeklinin son cümlesi dışındaki kısmı, hiçbir normatif değişikliğe yol açmayacak kelime değişikliğinden ibaret, yine bir “abesle iştigal” örneğidir.

### **Örnek 2: Konut Dokunulmazlığı (m.21)**

1982 Anayasasının “konut dokunulmazlığı” başlıklı 21’inci maddesinin eski şekli şöyle diyor:

“*Madde 21.*- Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz”.

Anayasa değişikliği bu maddeyi Şu Şekilde değiştirmiştir:

*“Madde 21.- Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmiş merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.*

Anayasa değişikliğinin son cümlesi dışındaki kısmı, yine hukuk düzeninde hiçbir değişikliğe yol açmayacak bir “abesle iştigal” örneğidir. Anayasa değişikliği 21’inci maddeyi değişik kelimelerle tekrarlamaktan başka bir Şey yapmamaktadır.

### **rnek 3: Haberleşme Hürriyeti (m.22)**

1982 Anayasasının “Haberleşme Hürriyeti” başlıklı 22’nci maddesinin ilk Şekli Şöyle diyordu:

*“Madde 22.- Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.*

*Haberleşmenin gizliliği esastır.*

*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğe dokunulamaz.*

*İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”.*

Anayasa değişikliğiyle 22’nci maddenin metnini Şu Şekilde tekrar kaleme alınmiştir:

*“Madde 22.- Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”.

Görüldüğü gibi maddenin yeni şekliyle eski şekli arasında son iki cümlesi haricinde bir değişiklik yoktur. Maddenin yeni şekli eski şeklinin tekrarlanmasından ibarettir. Bu değişikliğin temelini teşkil eden, Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Anayasa Değişikliği Teklifinde hiç olmazsa, bu tekrar yapılırken metinde geçen “haberleşme” kelimesi, yerine “iletişim” kelimesi kullanılarak yapılmıştır. Uzlaşma Komisyonun teklifi benimsenmeyerek “iletişim” yerine “haberleşme” kelimesine dönülmesiyle fark daha da azalmıştır.

#### **Örnek 4: Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti (m.26)**

1982 Anayasasının 26’ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti “suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” Anayasa değişikliğiyle yukarıda sayılan sebeplere, “millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması” sebeplerini de eklemiştir.

Böylece Anayasa değişikliğiyle, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini sınırlandıran sebepler arzu edildiği gibi hafifletilmiş değil, çoğaltılmıştır.

Anayasa değişikliği, 26’ncı maddedeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini sınırlama sebepleri arasına “Cumhuriyetin temel nitelikleri”ni ilâve ederek 1982 Anayasası olmayan yasakçı bir hüküm getirmektedir. Bu hüküm düşünce hürriyeti bakımından fevkalâde

sakıncalıdır. Anayasamızın ikinci maddesinde belirtilen nitelikler fevkalâde geniştir. Bunlara aykırı bir düşüncenin açıklanmasının yasaklanmasına izin verilmesi otoriter bir zihniyeti yansıtır. Cumhuriyetimizin temel nitelikleri olarak takdim edilen ilkeler tartışılmaz dogmalar değildir. Bunların içinden bazıları üzerinde az çok uzlaşma vardır. bazıları üzerinde ise hiçbir şekilde bir uzlaşma yoktur. bunlar fevkalâde tartışmalı ilkelerdir. Örneğin sosyal devlet ilkesi tartışmalı bir ilkedir. Bu ilke aleyhine ülkemizde birçok kitap yazılmış, sayısız makale yayınlanmıştır. Bu Anayasa değişikliğinden sonra artık, sosyal devlet aleyhine yazılmış kitapların ve makalelerin yasaklanması mümkündür. 26'ncı madde yürürlüğe girdiğine göre, Türkiye'de Hayek'in kitaplarının derhal toplatılması gerekir. Bir kişinin çıkıp, "ben sosyal devlet ilkesini beğenmiyorum" demesinde ne kötülük vardır?

### **Örnek 5: Haber Alma Hürriyeti (m.31)**

1982 Anayasasının 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasının eski şekline göre,

"kanun, 13 üncü maddede yer alan genel sınırlamalar dışında bir sebebe dayanarak halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz".

Anayasa değişikliği bu fıkrayı şu şekilde değiştirmiştir:

"Kanun, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında halkın bu araçlarla, haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasına engelleyici kayıtlar koyamaz".

Bu Anayasa değişikliğinden önce de haber alma hakkı, Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması gibi sebeplere dayanarak sınırlanmakta iken, değişiklikten sonra kişilerin haber alma hürriyeti 31'inci maddenin kendi içinde yer bu sebeplere dayanılarak sınırlandırılabilir. Burada değişen nedir? Değişiklikten önce de sonra da millî güvenlik, kamu düzeni veya genel ahlâk nedeniyle bu temel hak ve hürriyet sınırlandırılabilir. Bu da gerekli ve normaldir. Sınırlandırmada dayanılacak Anayasa maddesi numarası dışında Anayasa değişikliğinin yarattığı yeni bir durum yoktur. Bu değişiklik abesle iştigal değil de nedir?

## VI. Önemsiz Değişiklikler

Anayasa değişikliklerinden önemli bir kısmı da önemsiz, olsa da olacak, olmasa da olacak nitelikte “eften püften” değişikliklerdir. Buna birçok örnek gösterebiliriz.

### Örnek 1: Yurt Dışına Çıkma Hürriyeti (m.23/4)

Anayasa değişikliğiyle Anayasasının 23'üncü maddesinin beşinci fıkrasında geçen “*vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ülkenin ekonomik durumu... sebebiyle sınırlanabilir*” hükmünden “*ülkenin ekonomik durumu*” ibaresi çıkarılmıştır. Bu şekilde vatandaşlar, ülkenin ekonomik durumu buna elvermese bile yurt dışına çıkabileceklerdir.

### Örnek 2: İşsizleri Korunması (m.49)

1982 Anayasasının 49'uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

“Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır.

Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır”.

Anayasa değişikliğiyle bu iki fıkra şu şekilde birleştirilmiştir:

“Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve *işsizleri korumak*, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”

Maddeye eklenen tek şey, “işsizleri korumak” ibaresidir. Maddenin eski şekli de devlete işsizlikle mücadele etmek görevini yüklemektedir. Dolayısıyla değişiklikle getirilen büyük bir yenilik yoktur. Bu maddedeki tek değişiklik iki kelimelik bir değişikliktir.



### **Örnek 3: Taksirli Suçlardan Hüküm Giyenlere Oy Hakkı (m.67)**

Anayasa değişikliğiyle cezaevlerinde bulunan “taksirli suçlardan hüküm giyen” mahkumlara da oy kullanma hakkı tanınmıştır.

### **Örnek 4: 26. Yabancılara Dilekçe Hakkı (m.74)**

Anayasa değişikliğiyle Anayasanın 74’üncü maddesinde değişiklik yapılarak “karşılıklılık esası gözetilmek şartıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılara” da dilekçe hakkı tanımaktadır.

Yukarıda gördüğümüz, idarî makamlara, yaptıkları işlemlerde o işleme karşı ilgililerin hangi makama başvurabileceklerinin belirtilmesi zorunluluğu; ailenin “eşler arasında eşitliğe” dayandığının belirtilmesi; “yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” (m.66/2) hükmü yürürlükten kaldırılması da önemsiz değişiklikler gurubunda görülebilir.

## **VII. Teknik Kusurlar**

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğinde bazı teknik kusurlar vardır. Şimdi bunlara örnekler verelim.

### **1. Tekrarlar (m. 20, 21, 22, 26, 31, 33, 51)**

Anayasa değişikliğinin tam yedi maddesinde bir tekrar vardır. Anayasa değişikliği, Anayasanın 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 51’inci maddelerine aşağıdaki şu ifadeyi aynen ilâve etmektedir:

“Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak...”.

Oysa 1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlerle ilgili maddelerinin sınırlama sebepleri bakımından çok ağır olması nedeniyle eleştirilmekteydi. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle Anayasasının 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 51 maddeleri sınırlama sebepleri bakımından hafifletilmemekte tersine ağırlaştırılmaktadır. Anayasanın 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 51’inci maddelerinin önce eski şekillerini, sonra yeni şekillerini okuyalım ve kendimize soralım: Hangisi daha hafif ve güzel?

Peki Anayasa değişikliğinin, 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 51'inci maddelere “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri*”ni eklenmesi gereksiz midir? Hayır gereksiz değildir; tam tersine fevkalâde gereklidir. Çünkü Anayasa değişikliği 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinde yer alan “*milli güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*genel sağlık*”, “*genel ahlâk*” gibi *genel sınırlama sebeplerini* yürürlükten kaldırmıştır. Bu sebepler 13'üncü maddeden çıkarılınca, diğer maddelerdeki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bu sebeplerle mümkün olmayacaktır. İşte bu nedenle, 13'üncü maddeden genel sınırlama sebepleri çıkarılınca, Anayasa değişikliğiyle 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 51'inci maddelere bu sebepleri tekrar ve ayrı ayrı koymak gerekmiştir. Aslında Anayasa değişikliği kanununun yaptığı gibi sadece yedi maddeye değil, Anayasanın 17'nci maddesi ile 74'üncü maddesi arasında yer alan, temel hak ve hürriyetlerle ilgili bütün maddelerine “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri*” gibi genel sınırlama sebeplerini ilâve edilmesi gerekir. Acaba bu sebepleri genel olarak bir maddede (m.13) sayıp, diğer maddelerde tekrarlamamak mı daha akılcı, yoksa 57 ayrı maddede aynı sebepleri durmadan tekrarlamak mı daha akılcıdır? Makul ve mantıklı bir insan bunlardan hangisini tercih eder?

## **2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâllerde Yetkili Merciiin Emrinin Daha Sonra Hâkim Tarafından Onaylaması Suretiyle Hakime Bir İdarî Vesayet Yetkisinin Verilmesi (m.20, 21, 22, 33)**

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle Anayasamızın 20, 21, 22 ve 33'üncü maddelerine gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merciiin kararıyla kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahalede bulunabilmesine imkân tanınmış; ama bu merciiin kararının yirmidört saat içinde hakimnin onayına sunulmasını ve hakiminde kararını kırksekiz saat içinde açıklamasını öngörmüştür:

a) *Arama Emrinin Onaylanması (Anayasa, m.20/2)*.- “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak... olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde... kanunla yetkili kılınmış merciiin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciiin kararı

yirmidört saat içinde görevli *hâkimin onayına* sunulur. *Hâkim, kararını* el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

*b) Konuta Girme Emrinin Onaylanması (m.21).*- “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak... gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde... kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli *hâkimin onayına* sunulur. *Hâkim, kararını* el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

*c) Haberleşmeyi Engelleme ve Gizliliğine Dokunma Emrinin Onaylanması, (m.22/2).*- “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak... gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde... kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli *hâkimin onayına* sunulur. *Hâkim, kararını* kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar”.

*d) Derneği Faaliyetten Men Emrinin Onaylanması (m.33/5).*- “Millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içinde görevli *hâkimin onayına* sunulur. *Hâkim, kararını* kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar”.

Kanımızca gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmesi, örneğin bir kişinin üstünün aranması (m.20), konutuna girilmesi (m.21), telefonunun dinlenmesi (m.22), dernek (m.33) veya meslek kuruluşunun faaliyetten men edilmesi (m.33) hakkında yetkili merciin kararının daha sonra hakim onayına sunulması hukuk mantığı ve tekniği bakımından anlaşılabilir ve saçma bir düzenlemedir. Şüphesiz ki, eski sistemde yetkili merciin kararı hakkında daha sonra yargı organları önünde dava açılabilirdi. Çünkü ortada bir idarî eylem ve işlem vardı. Peki şimdi durum nedir?

Kanımızca bir idarî merciin idarî nitelikte bir kararının hakim in onayına sunulması o kararın idarî niteliğini değiştirmez. Çünkü bu onaylama işlemi esnasında, bir yargılama yapılmamaktadır; zira, ortada bir hukukî uyuşmazlık yoktur. Yetkili merciin kararı üzerinde hakim in verdiği onama veya onamama kararı da bir idarî karardır. Onama veya onamama, bir idarî işleme geçerlilik kazandırır veya onun askıdaki geçerliliğine son verir; ama işlemin hukukî niteliğini değiştirmez; değiştirmesi mümkün değildir; bir idarî kararın hâkim tarafından onaylanması onu yargı kararı hâline getirmez. Dolayısıyla burada hakime idarî nitelikte bir yetki verilmiştir. Hakimin burada sahip olduğu, onaylama veya onaylamama yetkisi, hukukî niteliği itibarıyla idare hukukunda gördüğümüz “vesayet yetkisi”nden başka bir Şey değildir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa değişikliği yetkili merciin kararını hakim in *vesayet denetimine* tâbi tutmuştur. Ama kuvvetler ayrılığı ilkesinin bulunduğu sistemimizde, hâkim, bir idarî makam değildir ki, idarî kararlar üzerinde hakime vesayet yetkisi verilsin. Söz konusu Anayasa değişiklikleri, ya hakimi bir idarî makam hâline getirmiştir; ya da bir idarî makam olmayan hakime idarî bir yetki vermiştir. Bu nedenle kanımızca, bu Anayasa değişiklikleri kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırıdır.

### **3. Hazırlık Çalışmalarından Bir Örnek: Konut Dokunulmazlığı-Konut Hakkı**

Teknik kusurlardan söz açılmış iken bu Anayasa değişikliğinin temelini oluşturan Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Anayasa Değişikliği Tekfinde bulunan komik bir hataya değinmeden geçemeyeceğiz. Bu anayasa Değişikliği Teklifi, 1982 Anayasasının “konut dokunulmazlığı” başlıklı 21’inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*kimsenin konutuna dokunulamaz*” hükmünü “*kimsenin konut hakkına dokunulamaz*” şeklinde değiştirmişti. Böylece Partilerarası Uzlaşma Komisyonu “konut dokunulmazlığı” ile “konut hakkı”nı birbirine karıştırmış oluyordu. Bilindiği gibi, konut dokunulmazlığı bir negatif statü hakkı, yani bir kişi hürriyeti, konut hakkı ise bir pozitif statü hakkı, yani bir sosyal haktır. Konut dokunulmazlığı, devletin kişilerin evlerine girmemesi; konut hakkı ise devletin evsiz insanlara ev sağlaması demektir. Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun yaptığı hata komik ve fahişti; çünkü üzerinde değişiklik teklifi yaptıkları Anayasanın 57’nci maddesi “konut hakkı” başlığını taşımaktadır. Partilerarası Uzlaşma Komisyonu hiç olmazsa, üzerinde değişiklik teklif etme yetkisini kendisinde gördüğü Anayasanın maddelerinin kenar başlıklarını okusaydı, bu hataya düşmezdi. Bu hata şunu

göstermektedir ki, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği tamamıyla ehliyetsiz insanlar tarafından hazırlanmıştır.

### **VIII. Zararlı Değişiklikler**

Yukarıda gördüğümüz gibi 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişiklikleri gereksiz, önemsiz, herhangi bir hukukî sonuç doğurmayan, olsa da olur, olmasa da olur cinsten eften püften değişikliklerdir. Bu değişikliklerin zaman ve emek kaybından, milletin kafasını karıştırmış olmaktan başka yol açtıkları bir sakınca da yoktur. Ne var ki, bu değişikliklerin içinde birkaç tanesinin fevkalâde zararlı sonuçları olacaktır. Şöyle ki:

#### **1. Sendikalar İdarî Kararla Kapatılabilecektir (m.51)**

1982 Anayasasının 51'inci maddesinin eski şekline göre "sendika veya üst kuruluşun faaliyetinin durdurulması veya kapatılması" için mahkeme kararı gerekirdi (m.51/2). Maddenin 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği kanunuyla değiştirilen yeni şeklinde ise, faaliyetin durdurulması veya kapatılması için mahkeme kararı şartı yoktur. Maddenin yeni şeklinin ikinci fıkrasında "Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle sınırlanabilir" denmektedir. Dolayısıyla kanun, sendika kapatma yetkisini valilere verirse burada Anayasaya karşı bir aykırılık yapılmış olmayacaktır. Görüldüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin güçlendirilmesi amacıyla yapıldığı söylenen bu Anayasa değişikliğiyle sendika kurma özgürlüğü güçlendirilmemiş, tersine önemli bir şekilde sınırlandırılmıştır. Pek muhtemelen bu değişiklik bilerek yapılmamıştır.

Burada şunu belirtmek isteriz ki bu Anayasa değişikliğinin temelinde bulunan Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Anayasa Değişikliği Teklifinde bu tür bir hata daha vardı. Anayasamızın 33'üncü maddesinin ilk şeklinde derneklerin kapatılması mahkeme kararıyla oluyordu. Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Anayasa Değişikliği Teklifinde bu şart çıkarılmıştı. Haliyle derneklerin hâkim kararıyla kapatılması, idarî merciin kararıyla kapatılmasına göre daha özgürlükçüdür. Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Anayasa Değişikliği

Teklifinin bu hükmü tarafımızdan eleştirilmiştir<sup>5</sup>. Neticede bu hükümden vazgeçilmiş, hâkim kararı şartı tekrar getirilmiştir.

Anayasa değişikliğinin sendikaların kapatılabilmesi için hâkim kararı şartını yanlışlıkla kaldırmış olması, keza Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun yaptığı Anayasa Değişikliği Teklifinde dernek kapatma için hâkim kararı şartını baştan kaldırmış, daha sonra uyarıldıktan sonra bu şartı tekrar koymuş olması, bu Anayasa değişikliğinin pek de uzman olmayan, amatör kişiler tarafından hazırlandığını gösteren kanıtlardır.

## 2. Kamu Düzeni Bakımından Ortaya Çıkabilecek Sakıncalar

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğinin doğurabileceği kamu düzeni bakımından zararlı sonuçlar da vardır. Örneğin:

1) *Toplu Suçlarda Gözaltı Süresinin 15 Günden 4 Güne İndirilmesi (m.19/6).*- 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle toplu hâlde işlenen suçlarda gözaltı süresi onbeş günden dört güne indirilmiştir (m.19/6). Ülkemiz yıllarca terör örgütleri tarafından işlenen toplu suçlarla mücadele etmiştir, hâlâ da etmektedir. Bir suç örgütünün çökertilmesi için aynı anda onlarca ve hatta yüzlerce kişinin gözaltına alınması gerekebilir, gerekmiştir; gerekecektir de. Nasıl olacak da gözaltına alınan yüzlerce kişinin soruşturması dört gün içinde tamamlanacak ve bunlar hâkim önüne çıkarılacaklardır? Bunu anlamak mümkün değil.

2) *Üst Aramada ve El Koymada Yazılı Emir (m.20/2).*- Anayasamızın 20'nci maddesinin yeni şeklinin ikinci fıkrasına göre, gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olsa bile, yetkili merciin *yazılı emri* bulunmadıkça bir kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmayacak ve bunlara el konamayacaktır. Maddenin eski şeklinde bu emrin yazılı olması şart değildi. Şimdi yazılı emir şartı getirilmiştir. Bunun doğuracağı vahim sonuçlar olabilir. Örneğin varsayalım ki, bir sokakta bir adam tabancayla öldürülmüştür. Olay yerine gelen polisin, olayda kullanılan tabancayı bulabilmek amacıyla sokakta bulunan şüpheli kişilerin derhal üstünü araması gerekir. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğine göre polisin bunu yapabilmesi için yetkili merciin yazılı emri gerekecektir. Polise bu emir yazılı olarak nasıl

<sup>5</sup>. Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi: 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2001, s.27.

anında ulaştırılacaktır? Eğer polis yazılı emir olmadan şüpheli kişinin üstünü arar ve olayda kullanılan suç delili olan tabancaya el koyarsa bu arama ve el koyma kanuna aykırı olacağından Anayasanın 38'inci maddesinin yeni şeklinin 8'inci fıkrasına göre delil olarak da kabul edilemeyecek, adam öldürmüş kişi delil yetersizliğinden beraat edebilecektir.

3) *Konuta Girmede Yazılı Emir (m.20/2).*- Benzer sakıncalar gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merciin yazılı emri ile konuta girilmesi durumunda da ortaya çıkabilir. Anayasa değişikliğinden sonra suç işleyip kendi konutuna kaçan veya kendi konutunda suç işleyen bir kişiyi polisin o kişinin konutuna girip yakalayabilmesi veya konutunda arama yapabilmesi, suç eşyasına el koyabilmesi için ya hâkim kararı ya da yetkili merciin yazılı emri gerekir. Suçüstü durumda nasıl olacak da, yetkili merciin yazılı emri polise ulaştırılacaktır? Polisin kovaladığı bir kişi, kendi evine kaçsa, polis yazılı emrin gelmesine kadar bu kişinin evine giremeyecek midir? Veya kendi evinde birisini öldürmek üzere olduğu ihbar edilen kişinin konutuna polis, hâkim kararı olmadan veya yetkili merciin yazılı emri olmadan giremeyecek midir? Ev sahibi evin içinde birisini öldürürken, polis kapıda hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrini mi bekleyecektir? Arzu ettiğimiz şey bu mu?

### **3. Genel Sınırlama Sebeplerinin Anayasanın 13'üncü Maddesinden Çıkarılmasının Doğuracağı Sakıncalar**

Anayasamızın 13'üncü maddesinin eski şeklinin birinci fıkrasına göre,

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

Türk anayasa hukuku literatüründe bu sebeplere “genel sınırlama sebepleri” denmekteydi. Toplam dokuz adet genel sınırlama sebebi vardı. Bunlar şunlardı: (1) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü; (2) millî egemenlik; (3) Cumhuriyetin korunması; (4) millî güvenlik; (5) kamu düzeni; (6) genel asayiş; (7) kamu yararı; (8) genel ahlâk; (9) genel sağlık.

Genel sınırlama sebepleri, adı üstünde “genel”di. Yani bu sebepler, temel hak ve hürriyetlerin hepsi için geçerliydi. Diğer bir

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

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliğiyle 13'üncü maddeden genel sınırlama sebepleri bir bütün olarak çıkarılmıştır. 13'üncü maddenin yeni şeklinde genel sınırlama sebepleri yer almamaktadır. Dahası maddenin metninde "temel hak ve hürriyetler... *yalnızca* Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir" dendiğine göre, yorum yoluyla genel sınırlama sebebi de yaratmak mümkün değildir.

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

**a) Bazı Hürriyetler Tamamıyla Sınırsız Hâle Gelmiştir-** 13'üncü maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucunda bazı hürriyetler tamamıyla sınırsız hâle gelmiştir. Zira, Anayasanın birçok maddesinde özel sınırlama sebebi belirtilmemiştir. Örneğin düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), hak arama hürriyeti (m.36), kanunî hakim güvencesi (m.37), ispat hakkı (m.39), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), vatandaşlık hakkı (m.74), kamu hizmetine girme hakkı (m.70), dilekçe hakkı (m.74) gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için ilgili maddelerde özel sebep belirtilmemektedir. Bu temel hak ve hürriyetler, 13'üncü maddenin eski şeklindeki mevcut genel sınırlama sebeplerine (kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık, vs.) dayanılarak sınırlandırılabilirlerdi. Şimdi 13'üncü maddeden bu genel sınırlama sebepleri çıkarıldığına göre, bu hak ve hürriyetlerin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasaya aykırı hâle gelir. Şimdi bunu biraz somutlaştıralım:

**Örnek 1: Artık Herkes İsteddiği Mesleği İcra Edilebilir ve İsteddiği Sözleşmeyi Yapılabilir.-** Anayasamızın 48'inci maddesi, "herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" dediğine ve 48'inci maddede bu çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlandırılmasına yönelik bir sebep öngörülmediğine ve Anayasanın 13'üncü maddesinde öngörülen kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık, genel ahlâk gibi genel sınırlama sebepleri de yürürlükten kaldırıldığına göre, Türkiye'de isteyen herkes istediği her alanda çalışabilir; istediği her çeşit sözleşmeyi yapabilir. Örneğin artık Türkiye'de isteyen herkes



uyuşturucu madde üretimi veya ticareti yapabilir. Çünkü uyuşturucu üretimi 48'inci maddenin koruduğu çalışma hürriyeti, uyuşturucu ticareti aynı maddenin koruduğu sözleşme hürriyeti kapsamında bir fiildir. Şimdiye kadar bunları yasaklayan kanunlar Anayasaya uygundu; zira Anayasamızın 13'üncü maddesinde bulunan kamu düzeni, genel sağlık gibi genel sınırlama sebepleri çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına imkân veriyordu. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği kanunuyla Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan bu genel sınırlama sebepleri çıkarıldığına göre, artık Anayasanın 48'inci maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetinin ne sebeple olursa olsun sınırlandırılması mümkün değildir. Örneğin belirli bir mesleğin icrası için, bazı diplomaların aranmasını, belirli bir mesleğin icrası için izin alınmasını, işyeri açmak için ruhsat alınmasını öngören bütün mevzuatımız Anayasaya aykırı hâle gelmiştir. Ceza Kanunumuzun, Medenî Kanunumuzun, Borçlar Kanunumuzun, Ticaret Kanunumuzun, kolluk mevzuatımızın, belediye mevzuatımızın çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtlayan, bunları birtakım şartlara tâbi tutan bütün hükümleri artık Anayasamıza aykırı duruma düşmüştür. Örneğin doktor olmayan birisinin hasta tedavi etmesini artık yasaklayamazsınız. Çünkü Anayasanızda temel hak ve hürriyetler sınırlandırılma sebebi olarak genel sağlık sebebi yoktur. Artık fuhuş amacıyla bir işletmenin açılmasını yasaklayamazsınız; çünkü Anayasanızda temel hak ve hürriyetleri sınırlandırma sebebi olarak genel ahlâk sebebi yoktur.

*Örnek 2: Artık Türkiye'de Kolluk Yetkisi Kullanılamaz.-* Bilindiği gibi kolluk yetkisi ancak kamu düzeni maksadıyla kullanılabilen bir yetkidir. Yine bilindiği gibi kolluk yetkisinin kullanılması bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması anlamına gelir. Anayasanın 13'üncü maddesinin eski şeklinde gerek genel olarak "kamu düzeni", gerekse kamu düzeninin unsurlarından olan "genel asayiş", "genel sağlık" ve "genel ahlâk" kavramlarına özel olarak yer verilmişti. O nedenle 13'üncü maddenin eski şekline göre kolluk yetkilerinin kullanılmasında bir problem yoktu; bunlar Anayasanın 13'üncü maddesinde öngörülen şartlar dahilinde kalıyordu. Oysa 13'ün maddenin yeni şeklinde ne kamu düzeni kavramı, ne de "genel asayiş", "genel sağlık" ve "genel ahlâk" kavramları bulunmaktadır. Dahası 13'ün maddesinin yeni şeklinde "temel hak ve hürriyetler..., yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlandırılabilir" diyerek bu sebeplere yorum yoluyla ulaşılması imkanını da ortadan kaldırmışlardır. Bu durumda Türkiye'de kolluk işlemleriyle sınırlandırılan temel hak ve hürriyetin düzenlendiği Anayasa maddesinde ayrıca kamu düzeni kavramı öngörülmemiş ise, o kolluk

işleminin artık yapılması mümkün değildir. Bu bir saçmalaktan başka bir şey değildir. Örneğin artık açık olarak satılan yiyecek ve içecek maddelerinin denetlenmesi mümkün değildir; çünkü, yiyecek ve içecek maddelerinin satılması Anayasamızın 48'inci maddesinde tanınmış olan "çalışma ve sözleşme hürriyeti" kapsamında bir faaliyettir. Anayasamız 48'inci maddesinde ise bir sınırlama sebebi olarak "kamu düzeni" veya "genel sağlık" sebebine yer verilmemiştir. Dolayısıyla artık Türkiye'de bu sağlığa zararlı bozuk gıda maddelerinin satılmasına müdahale kolluk makamlarının müdahale etmesi Anayasamıza aykırı hâle gelir.

*Örnek 3: Türkiye'de Artık Kamu Hizmeti Kurulamaz.-* Bilindiği gibi kamu hizmetlerinin amaç unsurunu kamu yararı kavramı oluşturur ve yeni bir kamu hizmetinin kurulması, yani daha önceden özel faaliyet olan bir faaliyetin kamu hizmeti hâline getirilmesi, özel teşebbüs hürriyetinin sınırlanması anlamına gelir. Bu hürriyet ise yukarıda açıklandığı gibi Anayasamızın 48'inci maddesinin koruması altındadır ve bu madde de kamu yararı sebebi olmadığına ve Anayasanın 13'üncü maddesinden kamu yararı sebebi çıkarıldığına göre artık kamu hizmeti kurulması Anayasamıza aykırı hâle gelir.

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği "kamu düzeni", "genel sağlık", "genel ahlâk" gibi kavramları Anayasal sistemimizden genel olarak dışlamıştır. Bu tür kavramların artık hukukumuzda genel bir geçerliliği yoktur. Bunlar, sadece Anayasanın ilgili maddesi tarafından ayrıca ve açıkça öngörüldükleri takdirde geçerli olan kavramlardır. Böylece Anayasamız, artık, kamu yararsız, kamu düzensiz ve genel sağlıksız bir Anayasa hâline gelmiştir.

**b) Bazı Hürriyetler Kısmen Sınırsız Hâle Gelmiştir.-** Anayasamızın 18-74'üncü maddeleri arasında sayılan temel hak ve hürriyetlerden bir çoğunda "özel sınırlama sebepleri" öngörülmüştür. Ancak hiçbir maddede, 13'üncü maddenin eski şeklinde yer alan dokuz sınırlama sebebinin hepsi sayılmamıştır. Dolayısıyla bu maddelerdeki temel hak ve hürriyetler, o maddede hangi sınırlama sebebi sayılmış ise, sadece ve sadece o sebeple sınırlandırılabilir; o madde de diğer sebepler (örneğin genel sağlık sebebi) sayılmadığına göre, o maddedeki o temel hak ve hürriyetin o sınırlama sebebiyle (örneğin genel sağlık) sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Örneklerle açıklayalım:

*Örnek 1: Artık Karantina İlân Edilemeyecektir.-* Seyahat hürriyeti 23'üncü maddeye göre, "suç işlenmesini önlemek" amacıyla

sınırlandırılabilir. Ama maddede sayılan özel sınırlama sebepleri arasında “genel sağlık” sebebi yoktur. Dolayısıyla bir şehirde, bir kasabada veya bir köyde salgın bir hastalık baş gösterirse orada karantina ilân edilmesi, yani oraya girilmesi veya oradan çıkılması yasaklanamayacaktır. Çünkü, 13’üncü maddenin yeni şeklinde, genel sınırlama sebebi olarak “genel sağlığı korunması” sebebi bulunmadığına ve keza 13’üncü maddenin yeni şeklinde “temel hak ve hürriyetler *yalnızca* Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir” dendiğine göre bunun yapılması Anayasamıza aykırı olacaktır. Oysa salgın hastalık durumunda karantina ilân edilmesi, seyahat hürriyetinin sınırlandırılması tamamıyla gerekli ve makul bir şeydir ve tüm demokratik hukuk devletlerinde görülür.

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

**c) İsimsiz Hürriyetler Sınırsız Hâle Gelmiştir.-** Nihayet, demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve hürriyetler Anayasada sayılanlardan ibaret değildir. Her insan fiili bir hürriyet konusudur. Oysa Anayasamızda 18-74’üncü maddeler arasında tanınmış sınırlı sayıda hürriyet vardır. Bunların dışında daha pek çok hürriyet olabilir. Anayasada sayılmamış bu tür hürriyetlere, anayasa hukuku

doktrininde “isimsiz hürriyetler” denmektedir<sup>6</sup>. Bu hürriyetler de Anayasanın 12’nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca Anayasanın koruması altındadırlar. Dolayısıyla ancak 13’üncü maddenin şartlarına uyularak sınırlandırılabilirler. 13’üncü maddeden “genel sınırlama sebepleri” çıkarıldığına göre, bu “isimsiz hürriyetler” hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak hürriyetler haline gelmiştir. Oysa bunlar genellikle daha önemsiz oldukları için Anayasada düzenlenmeye ihtiyaç duyulmamıştır. Anayasa değişikliğinden sonra öyle bir durum ortaya çıkmıştır ki, önemli olan ve Anayasada ayrıca düzenleme şansına ulaşan hürriyetlerin sınırlandırılması mümkün iken, bunlardan daha önemsiz olan ve bu nedenle Anayasada düzenlenmeyen temel hak ve hürriyetler, sınırsız hâle gelmiştir.

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

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

### **Sonuç**

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla değiştirilen Anayasa hükümlerinden birkaçı zararlı, geri kalanları ise, önemsiz, gereksiz, hukuk âleminde hiçbir değişikliğe yol açmayacak türden, abesle iştiğal örneği değişikliklerdir. Buna rağmen niçin bu Anayasa değişikliğine bunca önem verildiğini anlamak mümkün değildir. Hacim olarak 1909 ve 1971 Anayasa değişiklikleriyle karşılaştırılabilecek olan bu Anayasa değişikliğinin hukuk düzenimizde yaratabileceği pek bir değişiklik yoktur.

<sup>6</sup>. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.214-216

## TARTIŞMA

**Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ (\*)** – Ben, Fazıl hocama teşekkür ederim, ama bir nokta, affına sığınarak, bazı düzeltmeler yapmak istiyorum. talimat vermek haddim değil. Lütfen, ne olur, çok özür dilerim, öyle bir izlenim uyandırdıysa... böyle bir haddi kendimde görmüyorum.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM** - Hayır, o esprisi, öyle bir şeyi kastetmedim zaten.

**Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ** – Bunu düzeltmek istedim, bağışlayın lütfen...

İlk kez okuma değil; bu tabii devrişme Yeniçeriyle Musevi arasındaki ilişkiye benzer gibi oldu. Hani, İsa'yı asmışlar, çarmıha germişler “ olsun, ben ilk defa duydum” demiş, dövmeye başlamış. “O bin sene önceydi” demiş “yok ben ilk defa duydum.” ama, İsa hâlâ, çarmıha. Şimdi, Yeniçerinin ne zaman öğrendiği önemli değil aslında. Birincisi bu.

Ben, ilk kez okumadım, çıkar çıkmaz okudum bunu ve hep okurum. Anayasanın bu cümlesine geldiğim zaman da bir korku basar üzerime böyle, bir soğuk tek atmaya başlarım. Şimdi, bunun nedeni şu: Bir kere, güvence, güven duygusundan kaynaklanır. Siz güvenceler veriyorsanız, güven duygusunun temellerini oluşturmanız lazım. Anayasa, hakikaten, basit bir yasa değil. Anayasa, yurttaşın üzerine giydiği en medenî giysi. Siz. bu giysiyi, yurttaş ara sıra, ima ederek, istediğim zaman seni uryan yaparım, üzerinden istediğim zaman bunu çıkarırım diye bir duygu verirseniz, o emanet giysi içerisinde yurttaş emin olmaz, yurttaş korkar, ürker, ürperir ve katılmaz hiçbir şeye. Bu korkunç bir şeydir.

Şimdi, dolayısıyla, güvence verirken güven vermeniz lazım. Güven vermeniz için de gerektiğinde bu güvenceleri geri alırım dersiniz, bu güveni asla veremezsiniz. Bu, psikolojik olarak çok yanlış bir ifadedir; yani, bu cümle parçasının, hakikaten, yüksek bir tahrip etkisi var. Buna dikkat etmek lazım. Tahrip etkisi şu bakımdan, güvenceleri almak isteyenlere cesaret veriyor ve bu güvenceleri almak isteyenlere cesaret veriyor ve bu güvenceleri görmek

---

(\*) Akdeniz üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı