

Maddede yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama sadece yasa koyucuya bırakılmakla kalmamış, nitelikli yasa kaydıyla sınırlama benimsenerek, aynı zamanda sınırlamanın hangi neden, amaç ya da koşullarla yapılması gerektiği de tek tek sayılmıştır.

Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasakoyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yerleşme özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağı göstermektedir. Dava konusu kurallarda belirtilen 'millî güvenlik', yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri arasında sayılmamıştır.

Anayasa'nın ilgili maddesinde gösterilen sınırlama nedenlerine dayandırılmayan kuralla, aile veya fertlerin millî güvenlik nedeniyle zorunlu iskâna tabi tutulması, Anayasa'nın 23. maddesinin güvence altına aldığı yerleşme özgürlüğü alanına yapılan açık müdahale niteliğindedir.

Bu nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırıdır ve iptalleri gerekir²⁶.

Aşağıdaki bölümü www.anayasa.gen.tr/ilh-ek-1.pdf den de okuyabilirsiniz.

2001'DE 13'ÜNCÜ MADDEDEN GENEL SINIRLAMA SEBEPLERİNİN ÇIKARILMASININ YOL AÇTIĞI SAKINCALARA ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

Anayasanın 13'ün maddesinde yer alan kamu yararı, genel ahlak gibi genel sınırlama sebeplerinin 2001 Anayasa değişikliğiyle çıkarılmış olmasının yaratabileceği **önemli sakıncalar vardır**²⁷. Şöyle:

1. Anayasanın ilgili maddesinde sınırlama sebebi belirtilmemiş olan hak arama hürriyeti (m.36), "çalışma ve sözleşme hürriyeti" (m.48) gibi hak ve hürriyetler, 2001 değişikliğinden sonra sınırsız, mutlak haklar haline gelmiştir. Bu hak ve hürriyetler 2001'den önce Anayasanın 13'üncü maddesinde sayılan kamu yararı gibi genel sınırlama sebepleriyle sınırlandırılmaz. Ancak 13'üncü maddenin yeni şeklinde genel sınırlama sebepleri bulunmadığına ve ilgili maddede sınırlama sebebi olmadığına göre bu hak ve hürriyetler artık sınırlandırılmaz. Oysa bu durum, fevkalade sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Örneğin eroin üretimi ve satılması konusunda yapılan bir sözleşmenin veya konusu fuhuş olan bir sözleşmenin de "çalışma ve sözleşme hürriyeti"nin (m.48) koruması altında olduğunu iddia etmek mümkündür.

2. 2001 değişikliğinden sonra "isimsiz hürriyetler" sınırsız hâlde gelmiştir. Çünkü bunlar Anayasa'da düzenlenmedikleri için, haliyle bunlar için Anayasanın ilgili maddesinde öngörülmüş sınırlama sebepleri de yoktur. Artık 13'üncü maddede genel sınırlama sebepleri de yoktur. O hâlde sigara içme hürriyeti gibi isimsiz hürriyetleri sınırlandıran kanunların 2001'den sonra Anayasaya aykırı hâlde geldiğini iddia etmek mümkündür.

3. 2001'den sonra hak ve hürriyetler, ancak o hak ve hürriyet için Anayasanın ilgili maddesinde sayılan sınırlama sebepleri ile sınırlandırılabilir hâlde gelmiştir. Dolayısıyla artık, bir hak ve hürriyetin, Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama sebeplerinden başka bir sebeple sınırlandırılması anayasaya aykırı olacaktır. Örneğin 2001'den önce bir genel sınırlama sebebi olan "kamu yararı" sebebi, 2001'den sonra sadece 35, 39, 43, 46 ve 47'nci maddelerde geçmektedir. Dolayısıyla diğer maddelerde düzenlenen temel hak ve hürriyetler (örneğin yerleşme ve seyahat, din ve vicdan, dernek kurma, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hak ve hürriyetleri), 2001'den sonra "kamu yararı" sebebiyle sınırlandırılmaz. Çünkü bu hak ve hürriyetlerin düzenlendiği Anayasa maddesinde "kamu yararı" sebebi geçmemektedir. Bir örnek:

26. Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2009 Tarih ve E.2006/142, K.2008/148 Sayılı Kararı, *Resmî Gazete*, 25 Aralık 2008, Sayı 27091.

27. Bu arada belirtelim ki, 13'üncü maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmasının yol açacağı sakıncalar, yukarıdaki örnekler (sözleşme hürriyeti, karantina vs.) Türk doktrininde ilk defa benim tarafından ortaya atılmış ve eleştirilmiştir. Bu örnekleri Temmuz 2011'de yayınlanan *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma* (Bursa, Ekin Yayinevi, 2001, s.8-12) isimli kitabımda verdim (<http://www.anayasa.gen.tr/adgm.htm>).

Anayasamızın 23'üncü maddesine göre seyahat hürriyeti ancak “suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek” amacıyla sınırlandırılabilir (m.23/3), ama “genel sağlık” sebebiyle sınırlandırılmayacaktır. Çünkü Anayasanın 23'üncü maddesinde “genel sağlık” sebebi sayılmamaktadır. Dolayısıyla artık bir yerde salgın hastalık çıkması durumunda orada “karantina” ilân edilmesi Anayasamızın 23 ve 13'üncü maddelerine aykırı olacaktır. Bu sonuç da makul ve mantıklı bir sonuç değildir. Bu da 2001 yılında Anayasanın 13'üncü maddesinde yapılan değişikliğin problemli olduğunu göstermektedir.

* * *

Yukarıdaki sonuçlar hukuken mantıklıdır. Ama sosyal sonuçları itibarıyla akli başında her insanı isyan ettiren sonuçlardır. 2001 yılında Anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması büyük bir akıl dışılık olmuştur.

Bu nedenle ortaya çıkabilecek sakıncalara doktrin ve Anayasa Mahkemesi tarafından çözüm aranmıştır. Önce doktrinin önerdiği çözümü, sonra da Anayasa Mahkemesinin getirdiği çözümü görelim:

A. DOKTRİNİN ÖNERDİĞİ ÇÖZÜM

Doktrin bu akıl dışılığa çözüm üretmeye çalışmıştır. Fazıl Sağlam²⁸ ve Mehmet Sağlam²⁹ 2002 Anayasa Yargısı sempozyumunda birer bildiri sunarak hak ve hürriyetlerin nesnel sınırlılığından yararlanarak çözüm bulmaya çalışmışlardır. Mehmet Sağlam'ın açıklamaları da özü itibarıyla Fazıl Sağlam'ın 1982 tarihli *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* isimli kitabındaki teorik kavramlara dayanmaktadır. Bu nedenle biz aşağıda sadece Fazıl Sağlam'ın açıklamalarını vermekle yetineceğiz.

Fazıl Sağlam, öncelikle 2001 değişikliğinin “bütüncül bir yaklaşım” içermediğini ve bu değişikliklerin “tatarsız” olduğunu baştan kabul etmektedir³⁰. Yazar, Anayasa değişikliğinin “belli bir ön çalışmay” ve “her temel hak maddesinin yeniden gözden geçirilmesini” gerektirdiğini; 2001 Anayasa değişikliğinde ise böyle bir ön çalışma yapılmadığını ve bu nedenle de bu sorunların ortaya çıktığını belirtmektedir³¹.

Fazıl Sağlam, 13'üncü maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmasının ciddi sorunlar yaratabileceğini kabul etmekte ve bu sorunların doğru çözümü için yeni bir anayasa değişikliği yapılmasını önermektedir³².

Ne var ki Profesör Sağlam, düzeltmeyi sağlayacak anayasa değişikliğine kadar, sorunun Anayasa Mahkemesi tarafından çözümlenmesinde kullanılabilir bir teorik çerçeve vermeye teşebbüs etmektedir. Zira yazara göre, “hukuk öğretisinin işlevi, çözümsüzlüğün tasviri değil, çözümün üretilmesinde yol göstermedir”³³.

Nitekim bu makalede Fazıl Sağlam, sorunun çözümüne ilişkin bir “yol” göstermiş; Anayasa Mahkemesi de aşağıda göreceğimiz gibi bu “yol”u izleyerek sorunu “çözmüştür”.

Fazıl Sağlam'ın gösterdiği çözüm yolu şudur: Anayasamızın sınırlama sebebi öngörülmemiş maddelerinde düzenlenen hak ve hürriyetlerin de kanun koyucu tarafından sınırlanabileceği hak ve hürriyetlerin “nesnel sınırlılığı” teorisi dayanılarak kabul edilebilir. Çünkü bu hak ve hürriyetlerin “norm alanı” zaten sınırlıdır. Örneğin yazara göre [eski] Borçlar Kanununun 20'nci maddesinde yer alan “bir sözleşmenin konusu... hukuka ve ahlâka aykırı ise o sözleşme batıldır” hükmü Anayasaya aykırı değildir; çünkü Anayasanın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48'inci maddesinde bir sınırlama sebebi bulunmasa bile, sözleşme hürriyeti nesnel koruma alanı nedeniyle zaten sınırlıdır ve bu nedenle, hukuka ve ahlâka aykırı olan sözleşmeler, zaten sözleşme hürriyetinin kapsamında değildir³⁴. Ne var ki, Fazıl Sağlam, hukuka veya ahlâka aykırı olan sözleşmelerin (örneğin erooin ticareti veya fuhuş için

28. Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2002, Cilt 19, s.288-310.

29. Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2002, Cilt 19, s.233-266.

30. Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği ...”, *op. cit.*, s.288.

31. *Ibid.*

32. s.296-300.

33. *Ibid.*, s.295.

34. *Ibid.*, s.293-394.

akdedilen bir sözleşmenin) nasıl olup da, sözleşme hürriyetinin norm alanı dışında kaldığını açıklamaktadır. Fazıl Sağlam'ın bize "norm alanı" ve "nesnel sınır" kavramını tanıttığı *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* isimli kitabının ilgili sayfalarını ben okuyunca, eroin ticareti veya fuhuş için sözleşme yapılmasının, sözleşme hürriyetinin norm alanı içinde kaldığını anlıyorum. Bunların norm alanı dışında kalabilmesi için, söz konusu amaca başka şekilde de ulaşılabilmesi gerekir. Fazıl Sağlam'ın verdiği örneklerle dönersek, örneğin dilekçe hakkı, nesnel sınırlılığı gereği, hakaret veya tehdit taşıyan dilekçelere cevaz vermez. Çünkü dilekçenin nesnel içeriğinin hakaret veya tehdit olmadan da formüle edilebilmesi hukuken mümkündür³⁵. Keza "bir ressamın dörtyolağzında cadde ortasında sehpasını kurup resim yapmaya kalkması" veya "bir heykeltıraşın yontacağı eser için tahta çalması"³⁶ durumunda sanat hürriyeti korunmaz; çünkü aynı resmin, caddenin ortasına değil, yaya yoluna sehpa kurularak da yapılması mümkündür; keza aynı heykelin, ücreti ödenerek satın alınan bir tahta yontularak da yapılması yine hukuken mümkündür. Peki sözleşme hürriyeti eroin satımı veya fuhuş yapılması için sözleşme yapılmasına izin vermiyorsa ve eğer ortada bir nesnel sınırlılık hâli var ise, bunun hukuken mümkün olan bir diğer yolu olmalıdır? Bu yol nedir? Buna verilen bir cevap yoktur.

Çok açıktır ki, kanunun hukuka veya ahlâka aykırı (örneğin eroin ticareti veya fuhuş için) sözleşme yapılmasını yasaklaması, bir "sınırlılık" hâli değil, bir "sınırlama" halidir. Ortada bir sınırlama var ise de, Anayasanın 13'üncü maddesinde öngörülen şartlara uyulmalıdır.

Fazıl Sağlam'ın makalesinde sözleşme ve seyahat hürriyetleri üzerinden örnekler veriliyor. Ne var ki, söz konusu örneklerde, nasıl olup da söz konusu insan fiillerinin adı geçen hürriyetlerin norm alanına girmediği açıklanmamaktadır. Onun yerine makalede karışık ve belirsiz ifadeler kullanılmaktadır. Makalede söz konusu hak ve hürriyetlerin sınırlılığı, Anayasanın 12'nci maddesinden ve sosyal devlet ilkesinden istihraç etmeye çalışılmaktadır³⁷.

Bu noktalarda Fazıl Sağlam'ın 2002 tarihli makalesindeki argümantasyon, 1982 tarihli kitabındaki argümantasyona göre tutarsız, belirsiz ve karışıktır. Neticede Anayasanın 12'nci maddesinden bütün hak ve hürriyetler için geçerli olabilecek genel bir anayasal sınır çıkarmak, kanımızca, bizim Fazıl Sağlam'dan öğrendiğimiz hak ve hürriyetlerin sınırlanması teorisiyle çelişki halindedir. Dahası böyle bir akıl yürütme hürriyetçi değil, otoriter eğilimlere hizmet etme tehlikesini de taşır.

Nihayetle 13'üncü maddeden "genel sınırlama sebepleri"nin çıkarılmasının yol açacağı sakıncalara çözüm bulmaya çalışanların 13'üncü maddenin sözünü ihmal ettiklerini de belirtmemiz gerekir. 13'üncü maddede yukarıda pek çok defa vurguladığımız gibi "temel hak ve hürriyetler... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir" denmektedir.

Bir ihtimal, 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartları, yani kanun koyucuya yönelik olarak konulan sınırlar olmasaydı, 1924 Anayasasında olduğu gibi Anayasa, kanun koyucuya bütün hak ve hürriyetleri istediği gibi sınırlama yetkisi seseydi, kanun koyucunun belirli bir sınırlama sebebine dayanmadan da hak ve hürriyetleri sınırlayabileceğini söyleyebilirdik. Ama 1982 Anayasasının sınırlama sistemi ile 1924 Anayasasının sınırlama sistemi arasında çok ama çok büyük bir fark vardır. 1982 Anayasası ortamında Anayasada belirtilen sebeplerden başka sebeplerle hak ve hürriyetlerin sınırlanabileceğini söylemek, 1982 Anayasasını 1924 Anayasası hâline getirmekten başka bir şey değildir.

Doktrin eleştirisi.- Anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin 2001 yılında çıkarılmasının yarattığı sorunları, anayasa hukuku doktrini, *sacrificium intellectus* pahasına çözmeye çalışmıştır. Oysa doktrin çözmeye çalıştığı sorunu doktrin değil, kurucu iktidar yaratmıştır. Doktrin görevi kurucu iktidarı yaptığı sağlamlıklara çare aramak değildir. Kurucu iktidarın yaptığı düşünceszliklerin faturası, doktrine değil, kurucu iktidara çıkar. Doktrin için en büyük hata, kurucu iktidarın hatasını düzeltmek için kendi iç tutarlılığını feda etmektir. Doktrin kurucu iktidarın yol açtığı sorunlara çözüm aramak için bedel ödememelidir. Zaten norm koyma gibi bir yetkisi olmadığı için, doktrin, istese de, kurucu iktidarın veya kanun koyucunun yaptığı hataları düzeltmez.

35. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, op. cit., s.50.

36. Friedrich Müler, *Positivitaet der Grundrechte*, Berlin, 1969, s.73 ve 75'ten nakleden Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, op. cit., s.50.

37. Bkz. Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin...", op. cit., s.294.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN “ÇÖZÜMÜ”

2001 Anayasa değişikliğinden sonra, Anayasa Mahkemesi önündeki davalarda, anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmış olmasının yarattığı sorunlarla karşı karşıya kalmıştır. Aşağıda örneklerini vereceğimiz kararlarda görüleceği gibi, Anayasa Mahkemesi, bu davalarda, Anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmış olmasından kaynaklanan sorunla karşılaşmış, ama bu sorunu açıkça ortaya koyup tartışmamış, bu soruna bir çözüm de getirmemiş, sadece sorunu, bir şark kurnazlığı tavrıyla görmezden gelmiş, sorunu teğet geçmiştir.

2001'den bu yana 15 yıl geçmiştir ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadı az çok istikrar kazanmıştır. Şimdi bu içtihadı görelim ve eleştirelim:

Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçesinde bu konuda standart olarak kullanılan formüllerden biri şudur (Anayasa Mahkemesinin bu bölümün yazıldığı tarih itibarıyla Resmî Gazetede yayınlanan konuyla ilgili son kararı olan 7 Eylül 2016 tarih ve E.2015/102, K.2016/151 sayılı kararından alınmıştır):

“20. Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da *hakkin doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının* bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların *diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması* da mümkün bulunmaktadır³⁸.”

Yukarıdaki gerekçe aynen Anayasa Mahkemesinin 8 Aralık 2015 tarih ve E.2014/87, K.2015/112 sayılı kararında (RG, 28 Ocak 2016) ve çok az bir farklılıkla Anayasa Mahkemesinin 14 Kasım 2013 tarih ve E.2013/18, K.2013/132 sayılı kararında da geçmektedir (RG, 9 Mayıs 2014).

Yukarıdaki alıntıda Anayasa Mahkemesi, 48'inci maddede bir sınırlama sebebi belirtilmemiş olmasına rağmen, sözleşme hürriyetinin kanunla sınırlandırılabilceği yolunda **iki gerekçe** ileri sürmüştür:

1. “Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da *hakkin doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının* bulunduğu kabul edilmektedir”. Peki ama bunu kim kabul etmektedir? Bunu neden kabul etmektedir? Bu nasıl olmaktadır? Bunlar kararda açıklanmamıştır. Yukarıda (s.212-214) açıklandığı gibi hakların doğasından kaynaklanan bazı sınırların bulunduğu tezi (hak ve hürriyetlerin için sınırlılığı tezi), fevkalade zayıf ve tehlikeli bir tezdur. Pozitif temelden yoksundur. Bu tez doktrinde genel olarak kabul edilmiş bir tez değildir. Doktrinde “nesnel sınırlılık” tezini kabul eden yazarlar dahi “içkin sınırlılık” tezini eleştirmektedir³⁹. Böylesine önemli bir tez, Anayasa Mahkemesi tarafından tek bir cümleyle benimsenmekte ve bunun nedeni, niçini ve nasılı açıklanmamaktadır. Keza bu genel tezin, dava konusu olayda “sözleşme hürriyeti”ne uygulanmasına ilişkin bir açıklama kararda yoktur.

2. Anayasa Mahkemesinin ikinci gerekçesi şudur: “Düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların *diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması* da mümkün bulunmaktadır”. Bu ifadeyle, hak ve hürriyetlerin diğer hak ve hürriyetler ile çatışması nedeniyle sınırlandırılması kastediliyor ise, ortada pozitif hukuk açısından tartışmaya değer bir sorun vardır; ancak Anayasa Mahkemesinin kararında bu tür bir tartışma bu cümlenin dışında yoktur. Böyle bir çatışmanın ortaya çıkmasının şartları nelerdir? Bu çatışma çıkınca nasıl çözümlenir? Eğer bu çatışma *lex specialis* ilkesine göre çözümlenecekse, çatışan hak ve hürriyetlerin dayanağı olan anayasa maddeleri arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisi nasıl kurulur? Hangi hak ve hürriyet, diğerine göre “özel”dir? Kararda bunlara ilişkin tek bir açıklama yoktur.

Anayasa Mahkemesinin bu sonuçları nasıl çıkardığı şüphelidir. Adeta Anayasa Mahkemesi, kendinden menkul sonuçlar istihraç etmektedir. Bu böyledir; çünkü Anayasa Mahkemesi bunu öyle “kabul etmektedir”; “bu mümkündür”; “çünkü Anayasa Mahkemesi “bunun mümkün bulunduğunu söylemektedir”. Herhâlde Anayasa Mahkemesi kendi kararının doğruluğunun temelini kendi kararı olduğunu düşünmektedir!

38. Anayasa Mahkemesi, 7 Eylül 2016 Tarih ve E.2015/102, K.2016/151 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 18 Ekim 2016, Sayı 29861.

39. Bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, *op. cit.*, s.33-47, özellikle genel değerlendirme için bkz. s.46-47.

Bu bizim keşfettiğimiz bir şey değildir. Anayasa Mahkemesi aynı konuda aynı şeyi zaten başka kararlarında da açıkça söylüyor. Anayasa Mahkemesi 4 Aralık 2014 tarih ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararında şöyle diyor (*Resmî Gazete*, 16 Temmuz 2015):

“76. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, 'herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir' denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti güvence altına alınmış, Anayasa'nın 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak sınırlandırılacağı öngörülmüştür. Ancak bu, düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların mutlak olduğunu ve bunların hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı anlamını taşımamaktadır. **Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi, temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin sınırını oluşturur.** Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil, Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir”.

Anayasa Mahkemesi çok benzer bir gerekçeyi 14 Mayıs 2015 tarih ve E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararında şu şekilde ifade etmiştir (*Resmî Gazete*, 11 Haziran 2015):

“Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. **Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu; ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.** Bu bağlamda, bu hakkın Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler veya Devlete yüklenen ödevlerle çatışması durumunda da sınırlandırılabilmesi mümkündür”.

Yukarıda örnek olarak verilen her iki kararda siyahla vurgulanan kelimelerden görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, argümanının neden doğru olduğunu açıklamıyor; sadece bunun böyle olduğunu kendisinin “birçok kararında” belirttiğini söylüyor. Yani Anayasa Mahkemesinin şimdiki kararının dayanağı bir Anayasa normu değil, Anayasa Mahkemesinin “kendisinin verdiği birçok eski kararı”dır! Yani bu böyle; çünkü, bunun böyle olduğu “Anayasa Mahkemesi kararlarında kabul edilmektedir”.

İnsanın aklına Anayasa Mahkemesinin, bu sorunu eski kararlarında tartıştığı ve çözüme bağladığı ve o kararlarını emsal olarak kabul edip onlara atıf yaptığı düşüncesi geliyor. Eğer böyleyse ortada bir sorun yoktur. Keşke Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaptığı gibi, atıf yaptığı bu “pek çok kararı”ndan bir ikisinin künyesini verseydi. Biz aşağıda eleştiri konusu yaptığımız kararlar dışında Anayasa Mahkemesinin bu sorunu tartıştığı ve çözdüğü bir karara rastlamadık. Anayasa Mahkemesinin sınırlama sebebi öngörülmemiş maddelerde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılacağı konusunda verdiği **ilk kararlar** şunlardır⁴⁰:

1. Anayasa Mahkemesinin 14 Mart 2005 Tarih ve K.2005/14 Sayılı *Tuzla Tersaneleriyle İlgili Sözleşme Hürriyetinin Sınırlanması Kararı*

Bu davaya konu olan olayda 3 Temmuz 2003 tarih ve 4916 sayılı Kanunun “Geçici Madde 5” ile sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların Anayasanın 13 ve 48’inci maddesine aykırı olduğu iddia

40. Benim görebildiğim kadarıyla bu kararları ilk defa ortaya çıkaran ve bunlara inceleyen yazar, bir anayasa hukukçusu değil, bir ticaret hukukçusu meslektaşımız olan Tamer Bozkurt’tur. Bu konuda Bozkurt’un şu iki makalesine bakınız:

Tamer Bozkurt, “Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008, s. 134-143.

Tamer Bozkurt, “Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü İşçi Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler (Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Bahar 2009, Yıl. 67, S.2, s. 98-105.

Söz konusu sorunlarla ticaret hukukçularının karşılaşması şartı değildir. Çünkü bütün özel hukukta, sözleşme hürriyetinin ve irade serbestisinin sınırı olarak kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak gibi sebeplere ihtiyaç vardır. Bu sebeplerin ise Türk hukukunda anayasal dayanağı 2001’den beni kalmamıştır.

edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu iddiayı reddetmiş ve söz konusu maddelerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ne var ki, kararda söz konusu maddelerin nasıl olup da 48'inci maddeye aykırı olmadığı açıklanmamıştır. 28'inci maddeyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararında yapılan değerlendirme şundan ibarettir:

“Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, ‘Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir’; *gerçekesinde* ise, ‘Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir. Ancak, bu hürriyetler, *kamu yararı amacı ile* ve kanunla sınırlandırılabilir’ denilmektedir. ... Yukarıda açıklanan nedenlerle, dava konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”⁴¹.

Aynı formül Anayasa Mahkemesinin 21 Haziran 2013 tarih ve E.2011/44, K.2012/99 sayılı kararında (*Resmî Gazete*, 13 Mart 2013) ve 9 Haziran 2011 tarih ve E.2009/11, K.2011/93 sayılı kararında⁴² da geçmektedir (*Resmî Gazete*, 16 Kasım 2011).

Yukarıdaki alıntıda italikle verdiğimiz “gerçekesinde” kelimesinden de açıkça görüleceği gibi Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 48'inci maddesinin metnine değil, *gerçekesine dayanmaktadır!*⁴³ Çünkü Anayasanın ihtiyaç duyduğu “kamu yararı sebebi” maddenin “metninde” değil, “gerçekesinde” vardır. Oysa Anayasamızın 13'üncü maddesine göre, sözleşme hürriyeti *yalnızca* sözleşme hürriyetinin düzenlendiği 48'inci maddede belirtilen bir sebebe dayanarak sınırlanabilir. 48'inci maddede ise kamu yararı sebebi yoktur, keza bu maddede bir başka sınırlama sebebi de yoktur.

Anlaşılan odur ki, Anayasa Mahkemesi, 14 Mart 2005 tarih ve K.2005/14 sayılı kararında sözleşme hürriyetini sınırlandıran 3 Temmuz 2003 tarih ve 4916 sayılı Kanunun geçici 5'inci maddesinin “kamu yararı” sebebine dayandığını gözlemlemekte ve bu nedenle de bu maddeyi Anayasaya uygun bulmak istemektedir. Ama bu sonuca hukuken ulaşabilmesi için Anayasanın 48'inci maddesinde “kamu yararı” sebebinin sayılmış olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, ihtiyaç duyduğu kamu yararı sebebini bulmak için 48'inci maddenin metnine bakmış, bu sebebi metninde bulamamış, ama Al-laha şükür, “gerçekesinde” bulmuştur! Gerçekeye dayanarak da kanunun Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, gayri ciddi bir karardır. Zira hukukta bağlayıcı olan şey, madenin *gerçekesi* değil; *metnidir*. Gerçekçe bir “norm” değildir.

Anayasa Mahkemesinin yaptığı hata hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencisinin yapmaması gereken bir hatadır. Çünkü kanunların gerçeknesinin bağlayıcı olmadığı bilgisi hukuka giriş dersinde okutulan bir bilgidir.

Eğer 2001'de Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan “kamu yararı” genel sınırlama sebebi maddeden çıkarılmamış olsaydı, Anayasa Mahkemesi 13'üncü maddede sayılan kamu yararı sebebine dayanarak söz konusu sınırlamanın anayasaya uygun olduğuna karar verebilirdi. Keza 2001'de Anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerini çıkaran tali kurucu iktidar aklı başında davranıp, 13'üncü maddeden bu sebepleri çıkarırken, 48'inci maddeye sınırlama sebebi olarak “kamu yararı” sebebini ilave edebilirdi.

Görüldüğü gibi tali kurucu iktidarın yaptığı düşüncesizliğin pratikte yol açacağı sakıncaların önüne geçmek için Anayasa Mahkemesi komik hatalar yapmak zorunda kalmıştır.

2. Anayasa Mahkemesinin 19 Haziran 2008 Tarih ve K.2008/126 Sayılı Eski Hükümlü ve Engelli Çalıştırma Zorunluluğu ile İlgili Sözleşme Hürriyetinin Sınırlanması (İş Kanunu, m.30) Kararı

22 Mayıs 2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununun 30'uncu maddesi, belli koşullarda işverenlere eski hükümlü ve engelli kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu getirmiştir. Bu hükümde hâliyle kamu

41. Anayasa Mahkemesi, 14 Mart 2005 Tarih ve E. 2003/70, K.2005/14 Sayılı Kararı (Tuzla Tersaneleriyle İlgili Sözleşme Hürriyeti), *Resmî Gazete*, 26 Nisan 2005, Sayı 25797.

42. *Resmî Gazete*, 16 Kasım 2011, Sayı 28114.

43. Bu yöndeki ilk gözlem Tamer Bozkurt'a aittir. Bkz. Bozkurt, “Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş...”, *op. cit.*, s.138.

yararı vardır. Eğer Anayasanın 13'üncü maddesinde 2001'den önce olduğu gibi kamu yararı sebebi yer alıyorsa veya Anayasanın 48'inci maddesine "kamu yararı sebebi" ilave edilseydi, böyle bir kanun, Anayasamıza uygun olurdu. Ne var ki, ne 13'üncü maddede, ne de 48'inci maddede kamu yararı sebebi vardır. Dolayısıyla bu sınırlama Anayasaya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi ise, Anayasanın 13'üncü maddesinde genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmış olması yol açtığı durumu tartışmadan ve hatta 48'inci maddede bir sınırlama sebebinin bulunmadığı hususuna değinmeden, Anayasanın 2'nci maddesinde bulunan "sosyal devlet ilkesi"ne dayanarak söz konusu sınırlamanın Anayasamıza uygun olduğuna karar vermiştir: Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir:

"Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemlerle çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetilen devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.

(...) Özürlü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörülen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçsüzlükten de söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 48., 50. ve 61. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir"⁴⁴.

Karar baştan sona eleştirilebilir niteliktedir⁴⁵. Anayasa Mahkemesi Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "sosyal devlet" ilkesini genel sınırlama sebebi olarak yorumlamaktadır. Zaten bu, yukarıda gördüğümüz gibi, Fazıl Sağlam tarafından 2002'de tavsiye edilmiş bir çözümdür⁴⁶.

Biz tam aksi kanaatteyiz. Anayasanın 2'nci maddesinde sayılan hukuk devleti, sosyal devlet gibi devletin temel nitelikleri, bir sınırlama sebebi değildir. Anayasanın 13'üncü maddesinden 2001'de genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmasının yarattığı boşluk, 2'nci madde sayılan temel ilkelerle veya bir başka maddeyle doldurulamaz. Anayasanın 13'üncü maddesinde "temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir" denmektedir. Burada kullanılan "ilgili madde" o temel hak ve hürriyetin düzenlendiği maddedir. Örneğin söz konusu olayda ilgili madde sözleşme hürriyetinin düzenlendiği 48'inci maddedir. Sosyal devlet ilkesinin yer aldığı 2'nci madde nasıl olacak da, temel hak ve hürriyetlerle "ilgili bir madde" olarak görülecektir?

Ayrıca şunu belirtmek isteriz ki, sosyal devlet ilkesinin temel hak ve hürriyetler için bir anayasal sınır veya bir genel sınırlama sebebi olarak kullanılması, hürriyetçi bir bakış açısından uzaktır. Bugün Anayasanın 2'nci maddesinde geçen sosyal devlet ilkesine dayanarak sözleşme hürriyetinin sınırlandırılabilirliğini savunanların, yarın ifade hürriyeti veya basın hürriyetinin, yine 2'nci maddede sayılan "Atatürk milliyetçiliği" ilkesi veya 3'üncü maddede belirtilen "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilkesi sebebiyle sınırlandırılmaya kalkılırsa diyecekleri tek bir söz olmaz.

44. Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih ve E.2006/101, K.2008/126 Sayılı Kararı (Eski Hükümlü ve Engelli Çalıştırma Zorunluluğu ile İlgili Sözleşme Hürriyetinin Sınırlanması [İş Kanunu, m.30]), *Resmî Gazete*, 19 Kasım 2008, Sayı 27059.

45. Bu eleştiriler için bkz.: Tamer Bozkurt, "Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki...", s.101-105.

46. "... İş Kanununun işçiyi, kadını ya da çocuğu koruyucu hükümlerine aykırı bir sözleşmenin geçersiz olması, bu sözleşmenin içerikleri bakımından başka anayasal normlarla ve başka temel haklarla (örneğin Anayasanın 12. maddesi, sosyal devlet ilkesi ve çalışma ile ilgili hükümleri ile) çatışma içinde olması nedeniyle anayasaya sınır kapsamı içinde değerlendirmek gerekir. Böyle bir sözleşmenin geçersizliğini sağlamak için sözleşme özgürlüğü ile ilgili maddede basit ya da nitelikli bir yasa kaydının ya da özel bir sınırlama nedenini yer almasına gerek yoktur" (Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar...", *op. cit.*, s.294).

3. Anayasa Mahkemesinin 13 Mart 2006 Tarih ve K.2006/38 Sayılı *Tabiplerin Mecburî Hizmet Yükümlülüğü Kararı*

21 Haziran 2005 tarih ve 5371 sayılı Kanunla tabiplerin mecburî hizmet yükümlülüğü tekrar ve ağırlaştırılarak düzenlenmiştir. Kanunun hekimlere 300 ilâ 600 gün sürelerle ilgili maddelerinin, Anayasanın “herkes, dilediği alanda çalışma” hürriyetine sahiptir diyen 48’inci maddesine aykırıdır. Böyle bir yükümlülük, çalışma hürriyetinin sınırlanması niteliğindedir. Zira çalışma hürriyeti çalışmamayı da içerir. Böyle bir sınırlama ise Anayasa, m.13 uyarınca ancak Anayasanın 48’inci maddesinde sayılan sebeplerle yapılabilir. Ne var ki, 48’inci maddede bir sınırlama sebebi sayılmamıştır. O hâlde zorunlu hizmet öngören kanun, Anayasa, m.48 ve 13’e aykırıdır.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi böyle düşünmemiş, zorunlu hizmet getiren kanunu Anayasa uygun bulmuştur: Anayasa Mahkemesi yine Anayasanın 2’nci maddesindeki “sosyal devlet ilkesi”ne ve Anayasanın 18’inci maddesinde geçen “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz” hükmüne dayanmıştır⁴⁷. Mahkeme tabiplik faaliyetinin nasıl olup da “vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışması” olduğunu tartışmamıştır bile. “Vatandaşlık ödevi” vatandaş sıfatıyla sahip olunan ödevdir. Tabiplere yüklenen zorunlu hizmet yükümlülüğü ise her vatandaşta değil, sadece hekimlere yüklenmiştir. Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 18’inci maddesi hakkındaki yorumu, hürriyetçi bir anlayışla bağdaşmayacak bir yorumdur. Anayasa Mahkemesinin sosyal devlet ilkesine dayanmasını ise zaten eleştire açmıştır.

4. Anayasa Mahkemesinin 6 Ocak 2011 Tarih ve E.2010/58, K.2011/8 Sayılı *Sigara Yasağı Kararı*

3 Ocak 2008 tarih ve 5727 sayılı Kanunla kahvehanelerde sigara içilmesi yasaklanmıştır. Bu yasağın, genel sağlık sebebine dayanmaktadır. Ne var ki genel sağlık sebebi, Anayasanın 13’üncü maddesinden 2001’de çıkarılmıştır. Anayasamızın özel teşebbüs hürriyetini düzenleyen 48’inci maddesinde ise özel teşebbüs hürriyetinin sınırlandırılması sebebi olarak genel sağlık sebebi sayılmamıştır. Sebep olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte sınırlamayla ilgili 48’inci maddede sadece “devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” denilmektedir. Hâliyle kahvehanelerde sigara içilmesinin yasaklanmasının “millî ekonominin gerekleri” ile bir alakası yoktur. Dolayısıyla kahvehanelerde sigara içilmesinin yasaklanması, 2001’de genel sağlık sebebinin Anayasanın 13’üncü maddesinden çıkarılması nedeniyle Anayasaya aykırıdır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi bu Kanunun anayasa uygun olduğuna karar vermiştir. Kararda özel teşebbüs hürriyetini sınırlandıran bu sınırlamanın neden anayasaya aykırı olmadığı yönünde yapılan bir açıklama yoktur. Kararda uluslararası sözleşmeler dahil pek çok şeyden bahsedilmekle birlikte, söz konusu yasaklamanın neden Anayasaya uygun olduğu gösterilmemiştir. Gerekece kısmında zikredilen pek çok şey arasında belki elle tutulur tek madde Anayasanın 12’nci maddesidir. Anayasa Mahkemesi şöyle diyor:

“Anayasa’nın 12. maddesinde, ‘herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder’ hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasakoyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülmemeyi vurgulamıştır”⁴⁸.

Eğer Anayasa Mahkemesinin bu kararının dayanağı 12’nci madde ise bu eleştiriye fevkalade açıktır. Öncelikle belirtelim ki, 2001’de 13’üncü maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucu ortaya çıkan boşluğa çözüm ararken, sınırlama sebebi öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabilme sebepleri veya sınırlılığını göstermek için Fazıl Sağlam tarafından ileri sürülen maddelerden biri de bu 12’nci maddedir⁴⁹.

47. Anayasa Mahkemesi, 13 Mart 2006 Tarih ve E.2006/21, K.2006/38 Sayılı *Doktorların Mecburi Hizmet Yükümlülüğü Kararı*, *Resmî Gazete*, 11 Aralık 2007, Sayı 26727.

48. Anayasa Mahkemesi, 6 Ocak 2011 Tarih ve E.2010/58, K.2011/8 Sayılı *Kahvehanelerde Sigara Yasağı Kararı*, *Resmî Gazete*, 26 Şubat 2011, Sayı 27858.

49. Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar, *op. cit.*, s.294.

Biz aksi kanaatteyiz. Anayasanın 12'nci maddesinden bütün hak ve hürriyetler için geçerli bir genel sınırlama sebebi türetilemez. Keza bu maddenin kendisi bütün hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir genel için sınır da değildir. Böyle bir görüş hürriyetçi bir anlayışla bağdaşmaz. Özel teşebbüs hürriyeti 12'nci maddeye dayanarak sınırlandırılabilirse, bu maddeye dayandırılarak sınırlandırılmayacak bir hak ve hürriyet kalmaz. Dahası 12'nci madde istendiği gibi yorumlanabilecek bir maddedir.

Ayrıca sistematik yorum ilkesi açısından şunu da belirtelim ki, 12'nci madde hak ve hürriyetleri sınırlandırma şartlarını düzenleyen bir madde değildir. Sınırlandırma şartları 13'üncü madde tarafından düzenlenmiştir. Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sorunu, sırf bu soruna yönelik bir madde var iken, 12'nci maddeye göre çözülmez.

Eleştiri.- Anayasa Mahkemesi ülkede yürürlükte olan Anayasayı uygulamakla görevlidir. Uygulayacağı Anayasanın eksiklik ve kusurlarından dolayı ortaya çıkacak sorunları çözmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Mahkemenin görevi normu uygulamaktır. Uygulanacak normun ülke açısından yaratacağı sorunlar, onu uygulayacak mahkemeyi ilgilendirmez. *Fiat justitia ruat caelum!* Sorunu kurucu iktidar yaratmıştır; kurucu iktidar çözmelidir. Çözmüyorsa bunun bedelini bütün ülke öder. Bunda yadırganacak bir yan yoktur. Zira söz konusu kurucu iktidar, Marstan gelmemiştir; bu ülkenin içinden çıkmıştır. Örneğin 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun Anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerini çıkaran 2'nci maddesi TBMM Genel Kurulunda 17 ret ve 437 kabul oyuyla⁵⁰ ve Anayasa Değişikliği Kanununun tümü de 474 kabul, 16 ret oyuyla kabul edilmiştir⁵¹. Anayasa değişikliğine ret oyu veren 16 milletvekilini de, kabul oyu veren 474 milletvekilini seçmenler seçmiştir. Yapılan yanlışlıktan, doktrin veya Anayasa Mahkemesi değil, bu yanlışlığı yapan milletvekilleri ve onları seçen seçmenler sorumludur. Bunun bir bedeli olacaksa bu bedeli, milletvekilleri ve onları seçen seçmenler öder.

Bu bedeli Anayasa Mahkemesi niye ödesin? Olmayan normları var sayıp karar vermek veya bizim Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi madde metninde aradığı ifadeye bulamayınca aynı ifadeyi gerekçesine bakarak bulmak, metne aykırı olarak gerekçeye göre karar vermek, bir mahkeme için utanılacak bir şeydir. Bir mahkeme, kurucu iktidarı kırtarmak veya kurucu iktidarın yol açtığı hatalardan ülkeyi kırtarmak için kendini utanç verici bir durum içine düşürmemelidir.

Kaldı ki, bir mahkeme, norm koyma yetkisine sahip olmadığına göre, anayasa değişikliği yoluyla konulmuş bir normun yol açtığı soruna çare de bulamaz.

Bir ülkenin asıl sahibi kurucu iktidardır. Kurucu iktidar ülkenin menfaatlerini düşünmüyor, delilik tarzında düzenlemeler yapıyorsa, bu onun ve onu seçen seçmenlerin sorunudur. Her ülke hak ettiği anayasa koyucunun yaptığı anayasayla idare edilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 2001 değişikliği TBMM'de 16'ya karşı 474 kabul oyuyla kabul edilmiştir.

Benim kendi açımdan gönlüm rahat. Ben, 2001 Anayasada değişikliği teklifi verilince daha TBMM Genel Kuruluna gelmeden, Temmuz 2001'de Anayasanın 13'üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılmasının yol açacağı bu sakıncaları tek tek açıklayan ve bu değişiklik teklifini şiddetle eleştiren *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma* başlıklı kitabımı yayınladım⁵². Kitabımı TBMM Genel Kurulunda görüşülmesinden 2 ay önce Temmuz ayında o zamanki "Partilerarası Uzlaşma Komisyonu" üyelerine, Anayasa Komisyonu üyelerine ve Partilerin önde gelen milletvekillerine gönderdik. TBMM Genel Kurulunda söz konusu Anayasa değişikliği teklifi görüşmelerinde milletvekili Ahmet İyimaya tarafından kitabıma dikkat de çekilmiştir⁵³. Dikkate alınmadıysa bunda benim günahım yok. Ben üzerine düşen uyarma görevini zamanında yerine getirdim.

50. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 3. Yasama Yılı, 132. Birleşim 25 Eylül 2001 Salı, (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil3/bas/b132m.htm>).

51. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3 Ekim 2001 Çarşamba, (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil4/bas/b003m.htm>).

52. Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2001, özellikle bkz.: s.8-12 (<http://www.anayasa.gen.tr/adgm.htm>).

53. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 3. Yasama Yılı, 131. Birleşim, 24 Eylül 2001 Pazartesi, (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil3/bas/b132m.htm>).