



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI

(DOKTORA TEZİ)

Sibel YILMAZ COŞKUN

BURSA – 2022



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI

(DOKTORA TEZİ)

Sibel YILMAZ COŞKUN

Danışman:

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre ZEYBEKOĞLU

BURSA – 2022

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Kamu Hukuku Anabilim, Anayasa Hukuku Bilim Dalı'nda 711580010 numaralı Sibel YILMAZ COŞKUN'un hazırladığı "Anayasal Hakların Çatışması" konulu Doktora ile ilgili tez savunma sınavı, .../.../... günü -saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin (başarılı/başarısız) olduğuna (oybirliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu

Başkanı)

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre ZEYBEKOĞLU

Bursa Uludağ Üniversitesi

Üye

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU

İstanbul Okan Üniversitesi

Üye

Prof. Dr. Zeynel Temel Kangal

Bursa Uludağ

Üniversitesi

Üye

Doç. Dr. Ozan ERGÜL

Atılım Üniversitesi

Üye

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Burcu AKBABA

Bursa Uludağ Üniversitesi

...../...../ 20.....



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

- 1- Tez Başlığı / Konusu: Anayasal Hakların Çatışması
- 2- Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler, dipnotlar ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 308 sayfalık kısmına ilişkin, 21/05/2022 tarihinde şahsım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 5'tir.
- 3- Uygulanan filtrelemeler:
- 4- Kaynakça hariç
- 5- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç
- 6- Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.
- 7- Gereğini saygılarımla arz ederim.

21/05/2022

	Sibel YILMAZ COŞKUN
Adı Soyadı:	
Öğrenci No:	711580010
Anabilim	Kamu Hukuku
Dalı:	
Programı:	Anayasa Hukuku
Statüsü:	<input type="checkbox"/> Y.Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre ZEYBEKOĞLU

21/05/2022

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum *Anayasal Hakların atışması* adlı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntuların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

21/05/2022

Adı Soyadı : Sibel YILMAZ COŞKUN

Öğrenci No : 711580010

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Doktora

Statüsü : Doktora

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Sibel YILMAZ COŞKUN
Üniversite	: Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku
Bilim Dalı	: Anayasa Hukuku
Tezin Niteliği	: Doktora
Mezuniyet Tarihi	: / / 2022
Tez Danışmanı	: Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre ZEYBEKOĞLU

ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI

Bu çalışmanın konusunu, “anayasal hakların çatışması” oluşturmaktadır. Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde anayasal hakların çatışma teorisi, ikinci bölümünde anayasal hak çatışmalarının çözüm teorisi ve son bölümünde çatışma çözüm yöntemi olarak dengeleme ile Türk Anayasa Mahkemesinin çatışmaya yönelik tutumu ele alınmıştır. Birinci bölümde, anayasal hakların çatışmasına dair kavramsal çerçeve çizilmiş ve konunun, önemini göstermek amacıyla, diğer anayasa hukuku sorunlarından farkları ile bu sorunlarla ilişkisi incelenmiştir. Çalışmada, anayasal hakların yapısı özellikle deontik mantık açısından değerlendirilmiştir. Ardından hak çatışmaları ile norm çatışmaları arasındaki ilişki analiz edilmiş ve anayasal hak çatışmaları kategorize edilmiştir. Bununla bağlantılı olarak, çözüme yönelik genel çıkarımlar yapılmış ve çatışma tipolojisi çizilerek bölüm sonlandırılmıştır. Çatışmanın çözümü, çatışan iki hak arasında mevcut olan sınırı gösterebilmek veya yeni bir sınır çekmek anlamına geldiği için ikinci bölümde, anayasal hakların sınırlandırılması ve içkin sınır teorilerine geniş bir yer verilmiştir. Bu bölümde hak-kapsam teorileri incelenmiş ve anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık tezi ileri sürülmüştür. Bu teze dair sorunlar her yönüyle ele alınmış, hakka içkin sınır oluşturduğu için hakkın dışında kalan spesifik durumlardan ise ayrıca bahsedilmiştir. Özellikle Alman anayasa hukuku literatürünü temel alarak yürütülen bu çalışmada, ideal çözüm yöntemi olan pratik uyuşum, çatışmadan doğan sınırlılık tezi bağlamında ele alınmıştır. Çalışmanın son bölümünde, çatışma çözüm yöntemi olan dengeleme yöntemi olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilmiştir. Bölümün son ana başlığında Türk Anayasa hukukunda hakların sınırlandırılması ve çatışmadan kaynaklanan sınırlılık hali, Anayasa Mahkemesinin özellikle bireysel başvuru kararlarındaki tutumu göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Çalışmamız, ulaşılan sonuçların açıklandığı sonuç bölümüyle bitmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Anayasal hakların çatışması, içkin sınır teorileri, hak-kapsam teorileri, hakları sınırlandırma, dengeleme, pratik uyuşum.

ABSTRACT

Name and Surname : Sibel YILMAZ COŞKUN
University : Bursa Uludag University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Branch : Constitutional Law
Degree Awarded : Doctorate
Degree Date : / / 2022
Supervisor : Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre ZEYBEKOĞLU

CONFLICT OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

This study, the subject of which is the “conflict of constitutional rights”, consists of three chapters. The theory of conflict of constitutional rights is discussed in the first chapter and the theory of resolution of conflicts of constitutional rights in the second chapter. In the last chapter, balancing as a conflict resolution method and the attitude of the Turkish Constitutional Court towards conflict are discussed. In the first chapter, the conceptual framework of the conflict of constitutional rights is drawn. Its differences from other constitutional law problems and relation to these problems are revealed to demonstrate the importance of the subject. The structure of conflict of constitutional rights is questioned in the study, especially in terms of deontic logic. Then, the relationship between conflicts of rights and conflicts of norms is analyzed, and constitutional rights conflicts are categorized. In connection with this, general conclusions for the solution are made, and the chapter is concluded by drawing the conflict typology. Since the resolution of the conflict means to show the existing limits between the two conflicting rights or to draw a new limit, the limitation of constitutional rights and the immanent theories of rights are given wide coverage in the second chapter. In this section, rights-scope theories are examined, and the limitation thesis arising from the conflict of constitutional rights is put forward. The problems related to this thesis are handled in every aspect, and the specific situations that are excluded from the right as it creates an inherent limit to the right are also mentioned. In this study, which is carried out especially on the basis of the German constitutional law literature, *Praktische Konkordanz*, the ideal solution method, is discussed in the context of the limitation arising from the conflict. In the last chapter of the study, the balancing method, which is a conflict resolution method, is analyzed with its positive and negative aspects. In the last main heading of the section, the limitation of rights in Turkish Constitutional law and the limitation caused by conflict is evaluated by considering the attitude of the Constitutional Court, especially in individual application decisions. Our study ends with the conclusion chapter, where the results are explained.

Key Words: *Conflict of constitutional rights, immanent theories, rights-scope theories, limiting rights, balancing, Praktische Konkordanz.*

ÖNSÖZ

“Anayasal hakların çatışması” başlıklı bu çalışma, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu, Prof. Dr. Osman Korkut Kanadoğlu, Prof. Dr. Zeynel Temel Kangal, Doç. Dr. Ozan Ergül ve Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Burcu Akbaba’dan oluşan jüri önünde savunulmuş ve oybirliğiyle başarılı bulunmuştur.

Çalışmamın tez danışmanlığını yapan Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu’na, jüri üyeliğini kabul eden ve savunmamda yapıcı eleştirileriyle çalışmama katkı sağlayan hocalarıma özellikle teşekkür etmek isterim. Çalışmamın büyük bir kısmını okuyan arkadaşım Dr. Öğr. Üyesi Yahya Berkol Gülgeç’e de teşekkür etmeden geçmek istemem.

Bu çalışma esnasında TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında, 3 ay burslu olarak (1 Ekim-28 Aralık 2018) Berlin Freie Üniversitesi’nde (Almanya) araştırma yapma imkanına sahip oldum. 3 aylık dönem sonrası araştırmamı sürdürebilmem için Bursa Uludağ Üniversitesi, 2019 yılının ilk 6 aylık döneminde olmak üzere, bir süre daha aynı Üniversitede kalmama imkan sağladı. Bu nedenle hem TÜBİTAK’a hem de Üniversitemin yönetimine müteşekkirim. Berlin Freie Üniversitesi’nde danışmanlığımı yapan Prof. Dr. Helmut Aust ise bu dönemi Üniversitede verimli şekilde geçirmeme yardımcı oldu. Kendisine bu vesileyle teşekkür etmek isterim. 1 Eylül 2019 ile 28 Şubat 2020 tarihleri arasında, Bursa Uludağ Üniversitesi ile Innsbruck Üniversitesi’nin (Avusturya) işbirliği projesi olan Secondos Değişim Programı çerçevesinde doktora araştırmamı Innsbruck Üniversitesi’nde sürdürme fırsatını yakaladım. Secondos programının yürütücülerine teşekkür etmek isterim. Innsbruck Üniversitesi’nde danışmanlığımı yürütmüş ve bu süreçte Üniversitedeki akademik çalışmalardan yararlanmam için gereken tüm konularda yardımcı olan Prof. Dr. Andreas Th. Müller’in kendisine de teşekkürü borç bilirim.

Bu çalışmanın, bir doktora tezinin hak ettiği emekle yazılması ve verilen emeği gösterecek kadar da iyi olması en büyük arzumdur. Bu arzusun getirdiği yoğun çaba sırasında bana destek olan aileme, sabrını ve anlayışını benden esirgemeyen eşim Mehmet Coşkun’a ise minnettarım.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU	iii
YEMİN METNİ	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	vi
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ.....	1
I. ÇALIŞMANIN KONUSU.....	1
II. ÇALIŞMANIN AMACI VE ÖNEMİ	3
III. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLARI.....	5
IV. PLAN	8

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI TEORİSİ

I. GENEL OLARAK.....	12
II. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASINA İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE, TANIMLAR VE KONU SINIRLAMASI.....	12
A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	13
1. Alman Hukuk Literatüründe	13
2. İngilizce Hukuk Literatüründe	18
3. Türk Hukuk Literatüründe	20
B. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI KAVRAMININ TANIMI	24
C. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI KONUSUNUN SINIRLANMASI ..	31
1. Aynı Anayasal Hak Öznesinin Farklı Anayasal Haklarının Çatışması	31
2. Sahte Anayasal Hak Çatışmaları.....	33
3. Görünüşte (Yapay) Çatışmalar	38
D. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI SORUNUNUN İLGİLİ DİĞER ANAYASA HUKUKU SORUNLARINDAN AYRILMASI.....	45
1. Anayasal Hak Çatışmaları ile Anayasal Hakların Kötüye Kullanılması Yasağı Arasındaki İlişki.....	45
a. Alman Anayasa Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı.....	46
b. Türk Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı	54
c. Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı.....	58
d. Ara Sonuç.....	62
2. Anayasal Hak Çatışmaları ile Anayasal Hakların Özel Hukuka Etkisi Arasındaki İlişki.....	63
a. Anayasal Hakların İşlevi ve Etkisi	64

(1) Doğrudanlık- Dolaylılık.....	66
(2) Anayasal Hakların Doğrudan Etkisi	66
(3) Dolaylı Yatay Etki / Anayasal Hakların Yansıma Etkisi.....	70
(4) Koruma Yükümlülüğü Teorisi.....	75
(a) Koruma Yükümlülüğünün Muhatapları	76
(b) Koruma Yükümlülüğü Teorisinin Ortaya Çıkışı.....	77
(c) Yasama ile Yargının Etkileşimi Çerçevesinde Koruma Yükümlülüğüne Dair Örnek Kararlar	82
(5) Koruma Yükümlülüğü Teorisi ile Yatay Etki Doktrini Arasındaki İlişki	89
b. Anayasal Hakların Özel Hukuka Etkisi ile Çatışma Arasındaki İlişki	92
3. Anayasal Hak Çatışmaları ile Klasik Norm Çatışma İlkeleri Arasındaki İlişki.....	99
a. Anayasa Normları Arasında Hiyerarşi Sorunu.....	99
b. Klasik Norm Çatışma İlkeleri	104
c. Anayasanın Bütünlüğü İlkesi	111
III. ANAYASAL HAKLARIN VE ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ YAPISI İLE ÇATIŞMA TİPOLOJİSİ	114
A. GİRİŞ YERİNE: ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ STANDART ANLAYIŞI	114
B. ANAYASAL HAK NORMLARININ GENEL ÖZELLİKLERİ	117
C. KURALLAR VE İLKELER AYRIMI	119
1. Ronald Dworkin'in Görüşü	121
2. Robert Alexy'nin Görüşleri	125
a. Kurallar ve İlkeler Ayrımı	126
b. İlkelerin Yarışması ve Kuralların Çatışması	129
c. Gerekçe Olarak Kurallar ve İlkeler Ayrımı.....	136
d. Türk Hukuk Literatüründe Alexy'nin Görüşleri Temelinde Mevcut Tartışmalar	137
e. İlkeler ve Kurallar Ayrımına İtirazlar	142
(1) İlkeler ve Kurallar Ayrımındaki Belirsizlik.....	142
(2) Anayasal Hak Normlarının Çift Yönü ve Tamamlanmamış Kurallar Sorunu.....	146
(3) Mutlak Haklar Sorunu	151
(a) Mutlak Hakka Dair Tartışmalar	152
(b) Alexy'nin Mutlak Haklar Eleştirisine Yanıtı	159
(4) İlkeler ve Kurallar Ayrımı ile Dengeleme Arasındaki İlişki	163
(5) Değerlendirme	165
D. DEONTİK MANTIK AÇISINDAN ANAYASAL HAKLARIN YAPISI.....	166
1. Deontik Mantık.....	167
2. İzin Verici Kurallar Olarak Anayasal Haklar	170
3. Hohfeld'in Hukuki Haklar Analizinin Anayasal Haklara Uygulanması	175
a. Hohfeld'in Hukuki İlişkiler Analizi	175

b. Hukuki İlişkiler Analizinin Anayasal Haklara Uygulanması.....	176
4. Anayasal Hakkın İçeriği	181
E. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ YAPISI.....	184
1. Normatif Çatışma.....	185
2. Deontik Mantığın Anayasal Hak Çatışmalarına Uygulanması.....	187
3. Anayasal Hak Çatışmalarının Normatif Çatışma Karşısında Sınıflandırılması.....	190
a. Genel Eylemler ile Bireysel Eylemler Ayrımı	192
b. Anayasal Hak Çatışmalarının Sınıflandırılması.....	193
4. Anayasal Hak Çatışmalarının In Abstraco Olmalarının Sonuçları.....	201
F. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ TİPOLOJİSİ	206
1. Tam- Kısmi Çatışma Ayrımı	207
a. Tam Anayasal Hak Çatışması	207
b. Kısmi Anayasal Hak Çatışması.....	208
2. Farklı Anayasal Hak Normu Sayısına Göre Ayrım.....	210
a. Haklar İçi Çatışma.....	210
b. Haklar Arası Çatışmalar	212
3. Diğer Çatışma Ayrımları	213
4. “Anayasal Açmaz”lar ile Hukuk Arasındaki İlişki.....	215

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜM TEORİSİ

I. GENEL OLARAK.....	221
II. ÖN SORUNLAR.....	221
A. SINIRLILIK VE SINIRLANDIRMA KAVRAMLARI	222
B. HAK-SINIR İLİŞKİSİNE DAİR TEORİLER	223
1. Dışsal Teori (Sınırlar Teorisi).....	224
2. İçsel Teori	227
3. Hak Teorilerine İlişkin Genel Ön Değerlendirme	230
C. KAPSAM TEORİLERİ	232
1. Koruma Alanı	233
2. Dar ve Geniş Kapsam Teorileri	236
a. Dar Kapsam Teorileri.....	238
b. Geniş Kapsam Teorisi	241
3. Ara Bağlantı.....	243
III. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARI İLE ANAYASAL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ	246
A. SORUNUN ORTAYA KONMASI.....	246
B. SINIRLAMA KAYDINA YER VERMEYEN ANAYASAL HAKLARI SINIRLAMA GEREKÇELERİ.....	250
1. Sınırsız Hak ve Özgürlük Düşüncesinin Reddi	250

2. Sınırsız Hak ve Özgürlük Düşüncesinin Reddi Sonucunda Doğan Argümanlar	253
IV. İÇKİN SINIR TEORİLERİ	254
A. ANAYASAL SINIRLAR.....	257
B. GENEL KAMU YARARI KAYDI (TOPLUM KAYDI) (FEDERAL İDARE MAHKEMESİNİN GÖRÜŞÜ)	272
C. HUKUKİ DEĞERLER TARTISI	275
1. Hamel.....	275
2. Von Hippel.....	277
3. Haerberle'nin Genel Yasalar Kaydı	282
a. Smend'in Genellik Kavramı.....	282
b. Genel Yasalar Kaydı	283
c. Bolz'un Görüşleri	286
d. Haerberle'nin Görüşlerinin Eleştirisi	289
4. Hukuki Değerler Tartısı Eleştirisi ve Anayasal Hakların Çatışması ile İlişkisi.....	296
D. KİŞİLİĞİ GELİŞTİRME HAKKINDA YER ALAN SINIRLAMA ÜÇLÜSÜNÜN DİĞER TEMEL HAKLARA TEŞMİLİ.....	304
1. Kişiliği Geliştirme Hakkı ile Diğer Anayasal Haklar Arasındaki İlişki	306
2. Kişiliği Geliştirme Hakkında Yer Alan Sınırlama Üçlüsü ile Diğer Anayasal Haklar Arasındaki İlişki.....	316
3. Ara Değerlendirme	324
E. FRIEDRICH MÜLLER'İN NESNEL (OBJEKTİF) SINIRLAR TEORİSİ: HUKUKİ NİTELİK KAYDI VE ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI İLE İLİŞKİSİ	325
1. Müller'in Nesnel Sınırlar Teorisi.....	325
2. Nesnel Sınırlılık Teorisinin Anayasal Hakların Çatışması ile İlişkisi ve Eleştirisi	331
3. Ara Değerlendirme	335
V. DAR KAPSAM TEORİSİ Mİ GENİŞ KAPSAM TEORİSİ Mİ? YOKSA ALTERNATİF BİR TEORİ OLARAK GÜVENCE ALANI TEORİSİ Mİ?	338
A. DAR VE GENİŞ KAPSAM TEORİLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	339
1. Hilekârlık ve Tutarsızlık İddiaları.....	339
2. Anayasal Hak Çatışma Sayısının Yüksekliği	344
3. Farklılaştırma	346
4. Rasyonellik ve İzlenebilirlik	348
B. DAR GÜVENCE ALANI TEORİSİ	361
1. Dar Güvence Alanı Teorisinin Ortaya Çıkış Nedenleri.....	361
2. "Güvence Alanı" Kavramı.....	363
3. Dar Güvence Alanı Teorisi ile Diğer Kapsam Teorileri Arasındaki İlişki	364
C. FAYM'NİN DAR KAPSAM TEORİSİ YÖNÜNDE ALDIĞI KARARLARIN DEĞERLENDİRMESİ.....	367
1. Sprayer von Zürich Kararı.....	367

2. Başkalarının Hukuki Çıkarlarının Araçsallaştırılması Kriteri.....	370
3. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Dar Güvence Alanı Teorisi Çerçevesinde İncelenmesi	383
D. SONUÇ YERİNE	392
VI. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASINDAN DOĞAN SINIRLILIK HALİ	393
A. GİRİŞ.....	393
B. FAYM'İN ÇATIŞMA ÇÖZÜM TEORİSİ.....	394
1. FAYM'nin Çatışma Çözüm Formülündeki “Diğer Hukuki Değerler” Kavramı	396
2. FAYM'nin Çatışma Çözüm Teorisi ile Anayasanın Bütünlüğü ve Pratik Uyuşum Arasındaki İlişki	404
a. Anayasanın Bütünlüğü İlkesinden Pratik Uyuşum İlkesine.....	406
b. Pratik Uyuşum İlkesi.....	407
(1) Pratik Uyuşum İlkesi ve Sınırlama Kayıtları.....	408
(2) Pratik Uyuşum İlkesinin Temellendirilmesi	411
(3) Pratik Uyuşum İlkesi ile Ölçülülük İlkesi Arasındaki İlişki.....	417
(a) Ölçülülük İlkesi	417
(b) Pratik Uyuşum Aracı Olarak Ölçülülük İlkesi	420
(c) Pratik Uyuşumun Klasik Anlamda Ölçülülük İlkesinden Farkları ...	421
3. FAYM'nin Pratik Uyuşum İctihadı	424
a. Kruzifix (Haç) Kararı	425
b. Kopftuch (Birinci Baş Örtüsü) Kararı.....	429
c. Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen (İkinci Baş Örtüsü) Kararı.....	432
d. Mutzenbacher Kararı.....	434
e. Mephisto Kararı.....	436
4. Pratik Uyuşumdan Farklı Olarak Kaçınma İlkesi.....	439
5. Pratik Uyuşum İlkesinin Dengeleme ile İlişkisi Çerçevesinde Genel Bir Değerlendirmesi.....	448
6. Anayasal Değerler Düzeni: İnsan Onuru ve Anayasal Değerleri Arasında Hiyerarşi.....	461
a. Değerler Sistemi	461
b. İnsan Onuru ve Mutlak Hakların Hiyerarşik Üstünlüğü?	463
c. Anayasal Haklar Arasında Maddi Hiyerarşi veya Sıralama.....	465
C. FAYM'İN ÇATIŞMA ÇÖZÜM MODELİ NASIL İŞLER?.....	473
1. FAYM'nin Çatışma Çözüm Formülü	474
2. Terminolojik Sorun.....	475
3. İçkin Çatışma Sınırlarının Meşruluğu.....	479
4. Başkalarının Çatışan Haklarının Hukuki Niteliği: Sınır mı Sınırlama mı? ...	481
a. Birinci Görüş: Koruma Alanı Sınırı Olarak Başkalarının Hakları	482
b. İkinci Görüş: Sınırlama Gerekeçesi Olarak Başkalarının Hakları.....	488
5. İçkin Çatışma Sınırlarının Belirlenmesinde Yetki Sorunu	490
a. Yasama	491

b. Yürütme.....	495
c. Yargı.....	498

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ÇATIŞMA ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK DENGELEME
VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

I. GENEL OLARAK.....	503
II. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK DENGELEME	503
A. GİRİŞ.....	504
B. DENGELEMENİN TANIMI VE AMACI.....	507
C. FAYM'NİN HUKUKİ DEĞERLER TARTISINDAN ALEXY'NİN DENGELEME YASASINA	509
D. ALEXY'NİN DENGELEME YASASI	512
1. Ölçülülük İlkesi ve Dengeleme Yasası.....	513
a. Tütün Ürünü Uyarıları Kararı.....	516
b. Titanic Kararı	517
2. Tartım Formülü.....	518
E. DENGELEMeye YÖNELİK ELEŞTİRİLER	521
1. Pareto-Optimumu ve Anayasal Hakların Ağırlığı	522
2. Ölçülemezlik Eleştirisi.....	527
3. Sübjektiflik ve Hukuki Belirsizlik Eleştirisi ile Anayasa Yargısının Meşruluğu	533
a. Sübjektiflik ve Hukuki Belirsizlik.....	533
b. Anayasa Yargısının Meşruluğu.....	534
F. DENGELEMENİN GEREKLİLİĞİ?	543
III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARINI DEĞERLENDİRMESİ	555
A. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA SINIRLAMA KAYDI İÇERMİYEN ANAYASAL HAKLARIN SINIRLANDIRILABİLİRLİĞİ İLE ÇATIŞMA ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	556
1. Kemal Gözler'in Savunduğu Görüş.....	559
a. Anayasanın 12'nci Maddesi Genel İçkin Sınır Kaydı mıdır?	560
b. Çatışmadan Kaynaklanan Sınırlılık.....	562
2. Hakim Görüş.....	565
3. Değerlendirmemiz	566
4. Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu	567
B. ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARINDAKİ TUTUMU	571
1. Kavramlar	572
2. Anayasanın Bütünlüğü İlkesi ve İçkin Sınırlar.....	573

3. Devletin Pozitif Yükümlülükleri ile Anayasal Hakların Çatışması Arasındaki İlişki	577
4. Adil Dengeleme Değerlendirmesinde Derece Mahkemelerinin Takdir Yetkisi	581
5. Adil Bir Dengenin Kurulup Kurulmadığının Değerlendirmesi	582
a. Değerlendirmenin Soyut Değil Somut Olması.....	582
b. Anayasanın 13'üncü Maddesinin Dikkate Alınması.....	583
c. İlgili ve Yeterli Gerekçe	584
d. Dengenin Katlanılmaz Şekilde Bozulması veya Bir Tarafa Aşırı ve Olağan Dışı Külfet Yüklenmesi.....	585
5. Anayasa Mahkemesinin Adil Denge Aradığı Hak Çatışmalarının Değerlendirilmesi.....	589
a. Mülkiyet Haklarının Çatışması	590
b. Kişilik Hakkı ile İlgili Çatışmalar	592
c. İfade Özgürlüğü ile İlgili Çatışmalar.....	594
d. İşçi ve İşverenin Hakları Arasındaki Çatışmalar	596
6. Anayasal Hakkın Anayasal Değerlerle Çatışması	599
SONUÇ	610
KAYNAKÇA.....	626
ÖZGEÇMİŞ	650

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (fıkra)
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Artikel (madde)
Ay.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜ SBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Bd.	: Band (Cilt)
B.C.L. Rev	: Boston College Law Review
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
BVerfGE	: Bundesverfassungsgericht (Federal Alman Anayasa Mahkemesi)
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları)
BverwG	: Bundesverwaltungsgericht (Federal İdare Mahkemesi)
çev.	: Çeviren
dp.	: Dipnot
DVBI	: Deutsches Verwaltungsblatt
E.	: Esas
ECHR	: The European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
ed.	: Editör
EuGRZ	: Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FAYM	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi
FYİM	: Federal Yüksek İdare Mahkemesi
GG	: Grundgesetz (Federal Almanya Anayasası)
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
<i>Ibid.</i>	: <i>Ibidem</i> : aynı yerde, aynı eserde
JA	: Juristische Arbeitsblätter
K.	: Karar

m.	: Madde
NJW	: Die Neue Juristische Wochenschrift
KHP	: Kamu Hukukçuları Platformu
Örn.	: Örneğin
para.	: Paragraf
RdA	: Recht der Arbeit
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer (kenar numarası)
TBB	: Türkiye Baralar Birliği
S.D.Ü.	: Süleyman Demirel Üniversitesi
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
v.	: versus (-e karşı)
vb.	: Ve benzeri/ ve bunun gibi
vd.	: Ve devamı
VfSlg	: Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes ((Avusturya) Anayasa Mahkemesinin Bulgularının ve En Önemli Kararlarının Özeti)

GİRİŞ

I. ÇALIŞMANIN KONUSU

“Anayasal hakların çatışması” konusuna ilgimiz, bu önemli konunun literatürde ne çatışma ne de çözüm açısından ayrıntılı bir şekilde çalışıldığını fark etmemizle başladı. Türk anayasa hukukunda, anayasal hakların düzenlenmesi ve sınırlandırılması, anayasal hakların özel hukuka etkisi ve anayasanın yorumu çok çalışılmışken, aynı ilginin anayasal hakların çatışması konusuna yoğunlaştığını söylemek mümkün değildi. Konuya özgü önemli bir eser olarak O. Korkut Kanadoğlu’nun “Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması” adlı eseri¹ ve Mehmet Turhan’ın “Hakların Çatışması”² adlı makalesi bulunmaktaydı. Ayrıca anayasanın yorumu ve hakların çatışması bağlamında Bertil Emrah Oder’in makalesi, bizce göz ardı edilemeyecek bir kaynaktı³.

Bunun dışında ise birçok makalenin yazıldığını, ancak bunların anayasal hakların çatışması konusunu kavramsal ve kurumsal düzeyde ele alan çalışmalar yerine, somut uyuşmazlıkları ve içtihadı göz önünde tutan, ilgili anayasal hakların çatışmasına yönelik makaleler olduklarını söyleyebiliriz. Örneğin, basın özgürlüğü ile kişilik haklarının çatışması, kiralayanın mülkiyetinin korunması ile kiracının zilyetlik durumunun çatışması veya çocuğun menfaati ile ailenin menfaatlerinin çatışması gibi spesifik durumlar değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bu eserlerin, literatürdeki boşluğu doldurmadıklarına ve çatışmanın, birçok anayasa hukuku sorunuyla iç içe olan, kapsam ve içerik olarak daha derin şekilde çalışılmayı hak eden bir konu olduğuna kanaat getirdik. Türk anayasa hukuku literatüründe anayasal hakların yapısını, hakların sınırlandırılması rejimini ve sınırlılık teorilerini de dikkate alacak şekilde, anayasal hakların

¹ O. Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması* (İstanbul: Beta, 2000).

² Mehmet Turhan, “Hakların Çatışması”, içinde *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan* (Adalet Yayınevi: Ankara, 2010): 697-720.

³ Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, içinde *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (Ankara: KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013): 121-214.

çatışmasına ilişkin teorik ve dogmatik açıklamalar içeren bir çalışmaya ihtiyaç olduğunu anlamamızla, çalışmamızın konusunda karar kılmış olduk.

Türk anayasa hukuku literatürünün aksine, zengin bir literatüre sahip Alman anayasa hukukunda, anayasal hakların çatışması uzun zaman önce keşfedilmiş, birçok yönüyle ele alınmış, gün ışığına çıksın diye etrafındaki konulardan arındırılmış, hala güncelliğini ve önemini koruyan bir konu olarak karşımıza çıktı. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin ise anayasal hakların çatışma çözümüne dair pratik uyuşum ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde, zengin bir içtihadı sahip olduğunu gördük.

Çatışma ile ilgili İngilizce çalışmalara baktığımızda, konuyu çatışmaları çözme yöntemi olarak revaçta olan “dengeleme”nin ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hakların çatışmalarını çözmeye yönelik Mahkeme içtihadının domine ettiğini gördük. Biz Avrupa insan hakları hukukunda çatışmanın ele alınmasını konumuz dışında tuttuğumuz için bu alanın etkisinden sıyrılıp, Alman anayasa hukukunu ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihadını temel alan bir çalışma oluşturmaya yöneldik.

Bizim çalışmamızı hazırladığımız süreç içinde, İsmail Köküarı'nın, çalışmamızla aynı adı taşıyan eseri (Anayasal Hakların Çatışması)⁴ önemli bir boşluğu doldurdu. Zeynep Hazar ise “İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması” adlı eseriyle⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında dengeleme yöntemini inceledi. Anayasal hakların çatışması o kadar geniş ve birçok sorunla bağlantılı bir konu ki neredeyse her yazarın korkusu olan, çalıştığı konunun kendisinden önce çalışılması korkusunu biz yaşamadık. Aksine, literatürdeki boşluğun kısmen dolması, bizim birçok yönden sınırladığımız konumuzu tamamlayacak eserler olarak, önceden ortaya çıktığı için sevindik. Zira özellikle hak teorileri ile ilgili birçok konunun kesişiminde olan anayasal hakların çatışması⁶, çok daha fazla emeği hak eden bir konudur.

⁴ İsmail Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması* (Ankara: Adalet, 2020).

⁵ Zeynep Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması* (Ankara: Adalet, 2021).

⁶ Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the US* (Oxford: OUP, 2007), x.

“Anayasal hakların çatışması” gibi bir konuyu hakkıyla çalışmak, anayasal haklara dair birçok kavramı ve teoriyi incelemeyi gerektirir. Biz de hem teorik çerçevenin inşa edilmeye hem de uygulamanın göz ardı edilmemeye çalışıldığı, anayasa hukukunun genel esasları ile anayasa hukuku dogmatığının⁷ iç içe geçtiği bir çalışma üretmeye gayret ettik. Biz kendi çalışmamızın, çatışmaya özgü Almanca eserlere de sırtını yaslayarak anayasa hukukunda yürütülen hak-kapsam teorilerine, çatışmadan kaçınma yöntemi olarak başvuru içkin sınır teorilerine, anayasal hakların ve çatışmaların yapısına ve çözüme dair tartışmalara ışık tutmasını istedik. Çalışmamız, bu konudaki literatürü başka yönlerden zenginleştirirse ve bizden önceki eserler ile yazılmayı umduğumuz eserleri tamamlayıcı bir çalışma olarak kabul edilirse, amacımıza kavuştuğumuz için mutlu olacağız.

II. ÇALIŞMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Bu çalışmanın genel amacını, yukarıda izah ettik. Çalışmanın spesifik amacını belirtmemiz gerekirse; anayasal hakların çatışmasını, özel bir anayasa sorunu olarak ortaya koymak, çatışmayı tanımlamak, anayasal hak çatışmalarının hangi durumlarda ortaya çıktığını tespit etmek, anayasal hakların normatif çatışmalar içindeki özel konumunu ortaya koymak ve çatışmaya yönelik çözüm yöntemlerini, özellikle anayasal hakların sınırlandırılması ve çatışma ilişkisi çerçevesinde açıklamaktır.

Mary Ann Glendon “hak katalogları uzadıkça, haklar arasındaki çatışma durumları da çoğalır” demektedir⁸. 18’inci yüzyıldan beri süregelen siyasi ve hukuki gelişmelere bakarsak, insan haklarının güvence altına alındığı bildirgeler ve sözleşmelerle karşılaşırız. Hak ve özgürlükler, geniş ve neredeyse ilgili hakkı tanımlayan kelimenin ifade ettiği her şeyi korumuşçasına, belirsiz bir şekilde tanımlanmaktadır. Aynı durum modern anayasalar için de geçerlidir. Ancak sorun şu ki; bir kişiye tanınan bir hak, aynı genişlikte diğer bireye de tanınmış olmaktadır. Üstelik bu hakların sağlanabilmesi, toplumsal bir düzeninin varlığını da zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla hakların varlığı, beraberinde hakların çatışmasını da getirmektedir. Nitekim anayasal hakların

⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu* (Bursa: Ekin, 2016), 22.

⁸ Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York: Free Press, 1991), 16.

çatışmasında ana sorun, bir anlamda, anayasal bir hukuk düzeninde, belirli özgürlük alanlarının birbirleri karşısında nasıl sınırlandırılabilceği sorunudur⁹.

Bu sorun, devletin anayasada güvence altına aldığı hakları gerçekleştirme yükümlülüğünü yerine getirmesinin, anayasal hakların çatışması karşısında zorlaşması ve artan teknolojik gelişmelerle beraber, hak ve menfaatlerin çatıştığı somut olayların çok daha yoğun ve karışık hale gelmesi ile doğrudan bağlantılıdır. Nihayetinde anayasal hakların çatışması, devletin güvence altına aldığı hakları yerine getirme yükümlülüklerinin çatışmasıdır. Bir yandan anayasa yargısının varlığına, öte yandan devletin pozitif yükümlülüğünün gelişmesine bağlı olarak anayasal hak çatışmaları görünür hale gelmiştir. Sonuç olarak, bugün anayasal hak çatışmaları, gerek yasamanın gerek yargının gittikçe daha sık uğraşmak zorunda kaldığı bir probleme dönüşmüştür¹⁰.

Hukuk, çatışmalara alışkındır. Hatta hukukun kökeninin, çatışmaları uzlaştırmak olduğu söylenebilir. Ancak mevzubahis olan anayasal hak çatışmaları olunca, aslında yüzleşilmek istenmeyen birçok soru cevapsız şekilde durmaktadır. Çünkü hukukun çatışmaları çözmek için yaratılmış ve çatışmaların imdadına yetişen konumunda olması, çatışmayı bünyesinde barındarının bizatihi hukukun kendisinin olmasından çok farklı ve hatta neredeyse zıt bir durumdur. Buna, anayasa hukukunda normların çatışmasının, her zaman gündemde olan ve değer verilip çalışılan bir konu olduğu şeklinde cevap verilebilir. Nihayetinde öyle ya da böyle, normatif çatışmaların çözülmesine dair oturmuş klasik çatışma ilkeleri vardır. Fakat anayasal hakların çatışması konusunu ayrı ve önemli kılan husus da bu noktadır. Çalışmadaki kimi önemli sorular da bu noktadan çıkmaktadır: Anayasal hak çatışmaları norm çatışmalarından farklı mıdır? Farklı değilse, neden özel bir sorun olduğu gerçeğinden kaçamamaktayız? Anayasal hakların çatışması normatif çatışmalar karşısında nasıl ele alınabilir?

Anayasal hakların çatışmasını bu kadar ürkütücü yapan, normatif bağdaşmazlıklar olmalarıdır. Bununla bağlantılı zorluk da, mevcut normatif uyumsuzluklarla mücadele edebilecek bir anayasal hak sisteminin kurulmasıdır¹¹. Anayasal hakların çatışması

⁹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 5.

¹⁰ Céline Martin, *Grundrechtskollisionen* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2007), 1. Turhan'ın deyimiyle, "haklarla uğraşan her hukukçu günün birinde birbiriyle çatışan haklar sorunuyla karşı karşıya gelecektir." Turhan, "Hakların Çatışması", 701.

¹¹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 52.

yukarıdaki paragrafta da izah ettiğimiz üzere, bütün hukuk sistemini etkilemektedir. Çünkü anayasal haklar, anayasanın meşruluğunun dayandığı temel hatların bir kısmını oluşturur. Anayasal hakların birbiriyle çelişmeleri halinde, anayasal hakların gerçek kurucu rolünü belirlemek de zorlaşır¹². Bu aynı zamanda tüm anayasal haklar fikri için de bir tehlike demektir¹³. Her bir anayasal hak normunun aynı statüde olması ve bir norm kademelenmesine izin vermemesi, anayasanın bütünlüğü için de önemli bir sorun haline gelmektedir¹⁴. Öyleyse anayasal hak çatışmalarının, bağımsız bir anayasal sorun alanını oluşturduğu açıktır¹⁵.

Üstelik anayasal hak çatışmaları, klasik norm çatışma ilkeleriyle basitçe çözülebilecek çatışmalar da değildir. Doktrinde ileri sürülen, anayasal normların çelişmeme ilkesi ise tek başına bu sorunu çözmeye yetmez¹⁶. İki anayasal hak normunun kesiştiği durumda, normlardan en az birini sınırlamak gerekecektir. Tam hak çatışması veya anayasal açmaz dediğimiz çatışma durumlarında ise bir haktan tamamen feragat edilmeden çatışma son bulmayacaktır. Bu bağlamda, anayasal hakların çatışması, anayasal gerekliliklere dair farkındalığımızı keskinleştirmek ve hukukun sınırlarıyla yüzleşmek bakımından da önemli bir rol üstlenir¹⁷.

III. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLARI

Hakların çatışması anayasa hukuku konusu olmanın yanı sıra, hukuk felsefesini, hukuk sosyolojisini, insan hakları hukukunu, ahlak felsefesini ve hatta sosyoloji ile siyaset bilimini ilgilendirecek kadar geniş bir konudur. Anayasal hukuk düzeninin çerçevesinde kalınması amacıyla bu çalışma, öncelikle “anayasal haklar” ile sınırlı tutulmuştur. Anayasal hakların çatışması konusuna ahlaki veya siyasi bir bakış açısıyla değil, yalnızca hukuki açıdan yaklaşmıştır. Yukarıda değinilen disiplinlerden ise yalnızca ilgili olan yerlerde, az veya çok yararlanılmıştır.

Belirttiğimiz gibi, hak çatışmalarının siyaset ve sosyolojiyi de ilgilendiren bir yönü vardır. Özellikle bu disiplinlerle bağlantılı olan ve esasen sosyal, siyasi ve

¹² *Ibid.*

¹³ Heiner Blaesing, “Grundrechtskollisionen” (Doktora tezi, Universität Bochum, Dinslaken, 1974), 22.

¹⁴ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 3; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 93.

¹⁵ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 24-15.

¹⁶ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 52.

¹⁷ *Ibid.*, 93.

ekonomik koşulları, sosyal adalet, eşitlik ve dağıtım ilkelerini ilgilendiren çatışma türleri –yapay çatışma- çalışmanın dışında tutulmuştur.

Anayasal hakların yalnızca kendi aralarında değil, aynı zamanda anayasal statüde olan değerler ile atışması da önemli bir konudur ve genellikle anayasal hakların çatışmasıyla beraber çalışılmaktadır. Ancak, sahte çatışma (geniş çatışma) olarak adlandırılan bu çatışma türleri, çalışmamıza dahil edilmemiştir. Bu atışma türlerine, yalnızca çatışmanın yapısını anlamak ve diğer hususları ele almak için gerekli olduğunda, sınırlı olarak değinilmiştir.

Hakları ilgilendiren bir çalışmanın, muhakkak Avrupa insan hakları hukuku da dikkate alınarak yürütülmesi beklenebilir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin atışmayı ele alması, bu çalışmanın dışında tutulmuştur. Bunun birkaç sebebi vardır.

İlk olarak, özellikle Sözleşme'nin 8-11'inci maddelerinde yer alan sınırlama maddeleri ve Mahkemenin son yıllarda yoğun olarak “dengeleme yöntemine” başvurduğu göz önünde tutulduğunda, AİHM içtihadının çalışmayı yönlendirmesi ve çalışmanın, içtihadın ortaya konmasından ibaret ya da onun biraz fazlası olan bir çalışma olması istenmemiştir. Zira her ne kadar Alman anayasa hukuku literatürü ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları temel alınsa da, bu çalışmanın, yoğunluklu olarak teorik bir çalışma olduğu ileri sürebilir. Elbette Avrupa insan hakları hukukunun ele alınması, teorik bir çalışma yapılmasına tamamen engel değildir. Fakat bahsettiğimiz durum, yine de tercihimiz için güçlü bir sebep oluşturur.

İkinci sebep, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çatışan haklarla ilgili kararlarında, çatışmaların tek bir insan hakkı perspektifinden görülmesidir. Zira birey, Mahkeme önünde devletin Sözleşmedeki hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. atışmanın diğer tarafında yer alan ve arka planda kalan hak ise, ancak hükümetin savunmasında, başvuruya konu uygulamasının amacının bu hakkı korumak olduğunu belirtmesiyle gündeme gelmektedir. Nihayetinde başvuruda ihlal edildiği ne sürülen hak, hakimin daha çok dikkat ettiği ve ihlal edilip edilmediğini yargılamanın odak

noktasına koyduğu hak olarak kalmaktadır¹⁸. Mahkeme özellikle Sözleşmenin 8-11'inci maddeleri arasındaki haklar için sınırlama maddelerinde yer alan “başkalarının hak ve özgürlükleri” ifadesini kilit bir konuma yerleştirirse de, sınırlama maddelerinin konusu aslında korunan bir haktır. Bu nedenle esasen Mahkeme haklar arasındaki çatışmalara, ancak dolaylı olarak hükmedebilmektedir¹⁹.

Üçüncü olarak, yukarıda da belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çatışma çözümü için ölçülülük ve dengeleme ilkelerine başvurmuştur. Bu çalışmanın da “dengeleme”yi merkez alan bir çalışma olması istenilmemiştir.

Son olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ulusal devletlere özellikle de bazı konularda geniş olarak tanıdığı takdir marjı göz önünde tutulduğunda, konunun çalışmamızın dışında tutulması daha uygun görülmüştür. Fakat çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tamamen yok sayılmamış, önemli ve gerekli görülen konularda Sözleşmedeki haklara dair bilgilere ve Mahkeme kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmanın kapsamı ile ilgili son bir önemli noktaya değinerek okuyucunun hayal kırıklığına uğramasını şimdiden engellemek isteriz. “Anayasal hakların çatışması” adlı bu çalışma, adında yer alan kelimedenden de anlaşılacağı üzere, her şeyden önce “çatışma”nın kendisine odaklanmıştır. Çalışmadaki çabanın önemli bir kısmı, tüm anayasal hak çatışmaları için geçerli olabilecek en ideal çözüm(leri) bulmak ve üretmekten ziyade; çatışmanın, anayasal hakların ve bu ikisinin bir araya gelmesiyle oluşan “anayasal hakların çatışması”nın yapısını kavramaya adanmıştır. Bu noktada çalışmaya, hakların çatışması sorununun, çözüm için üretilen prosedürlerden bağımsız bir sorun olduğu²⁰ düşüncesi eşlik etmiştir. Elbette çatışma çözümü, konu dışında tutulmamıştır. Nitekim çalışmanın ikinci bölümü “çatışma çözüm teorisi”ne ve üçüncü

¹⁸ Bkz. Eva Brems, “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Human Rights Quarterly* 27, no. 1 (February 2005): 304-305.

¹⁹ Derya Nur Kayacan, *How to Resolve Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, Saar Blueprints, 02/2016 DE, online via: http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67, 19.

²⁰ Lorenzo Zucca, “Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas”, içinde *Conflict between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems (Antwerp, Oxford ve Portland: Intersentia, 2008), <https://ssrn.com/abstract=1154528>, 21.

bölümü “çatışma çözüm yöntemi olarak dengeleme ile Anayasa Mahkemesinin tutumuna” ayrılmıştır.

IV. PLAN

“Anayasal hakların çatışması” konusunu çalışmaya giriştiğimizde hem birçok şeyi biliyorduk, hem de aslında hiçbir şeyden emin değildik. Bunun en vurucu örneği, “anayasal hakların çatışması” konusunu çalışırken, aslında anayasal hak çatışmalarının var olup olmadığından dahi emin olamamamızdı. Anayasal hakların çatışmasına, kolayca sanat özgürlüğü ile kişilik haklarının, pozitif ve negatif din özgürlüğünün, kürtaj kararlarında kadının vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkı ile ceninin yaşam hakkının, mülkiyet hakkı ile haber alma hakkının çatışması gibi birçok örnek verebilirdik. Ancak, bu örneklere rağmen, “çatışma nedir” ve “çatışma kaçınılmaz mıdır” sorularının yanıtı dahi, henüz bizde yoktu. Gerçi bu bize özgü bir durum değildir. Hak çatışmalarını çalışanlar, her şeyden önce, “çatışma var mıdır?” sorusuyla yüzleşmek zorunda kalırlar. Gerçekten, anayasal hakların arasında çatışma ortaya çıkar mı, yoksa mevzu esasen Mahkemenin yargılamasıyla beraber karşı karşıya duran pozisyonların konumlandırılması meselesinden mi ibarettir?

Bir diğer vurucu örnek, *anayasal hakların çatışmasından* bahsetmemize rağmen “aslında çatışan nedir” sorusuyla uğraşmak ve “menfaat”, “değer”, “ilke” ve “kural” vb. kelimelerin havada uçtuğu bir literatürde, tutarlı bir ifadede bulunmak zorunda kalmamızdı. Keza, anayasada güvence altına alınmış ve dolayısıyla esasen bir anayasal hak normunda içerilen anayasal hakların çatışmasının, normatif çatışmalar karşısında özel bir yerinin olup olmadığı dahi belli değildi.

Özetle bu çalışmanın konusu, bizim için adeta birbirine ağlarla bağlanan bir yapıyı teşkil etmektedir. Diğer bir noktadan ipin ucunu çekmeden, bu noktadan bir şeyin örülemediği, karmaşık, birbirine dolaşık bir yapı! Biz tüm ağları birbirine geçirmeden önce, ağların geçtiği her yeri tespit etmek ve doğru konumlandırmak zorundaydık. Nihayetinde bu çalışma, okuyucuyu bu ağın örülmesi sürecine tanık etmeyi amaçlamaktadır.

Çalışmanın adeta psikolojik haritasını çizen bu açıklamalarımızdan sonra, artık, çalışmanın planını ortaya koyabiliriz.

Üç bölüme ayrılmış çalışmamızda, ana ağırlık birinci ve ikinci bölüme verilmiştir. “Anayasal hakların çatışması teorisi” başlıklı birinci bölümde, anayasal hakların ve hak çatışmalarının yapısına dair konular incelenecektir. Birinci bölümde, öncelikle anayasal hakların çatışmasına ilişkin kavramsal çerçeve oluşturulacak ve anayasal hak çatışmalarının tanımı verilecektir. Ardından, anayasal hakların çatışması konusunun dışında tutulan çatışma türleri açıklanacaktır. Anayasal hak çatışmalarının konu olarak bu şekilde sınırlanmasının dışında, bir “anayasa hukuku sorunu” olarak anayasal hak çatışmalarının kendine özgü öneminin gösterilmesi amacıyla, çatışmayla bağlantılı olarak değerlendirilen veya çatışmanın altında değerlendirildiği konular ele alınacaktır. Bu kapsamda anayasal hakların çatışması sorununun; hakkın kötüye kullanılması yasağı, anayasal hakların özel hukuka etkisi ve klasik norm çatışma ilkeleri ile arasındaki ilişki incelenecektir.

Birinci bölümünde, “anayasal hakların ve anayasal hak çatışmalarının yapısı ile çatışma tipolojisi”ne geniş bir yer ayrılacaktır. Bu kapsamda öncelikle anayasal hak normlarının genel özellikleri ortaya konacaktır. Ardından Robert Alexy’nin ilkeler teorisi değerlendirilerek anayasal hakların yapısına dair açıklamalarda bulunulacaktır. Anayasal hakların yapısı deontik mantık açısından incelendikten sonra, anayasal hak çatışmalarının yapısı incelenecektir. Bu bağlamda, anayasal hak çatışmalarının normatif çatışmalara indirgenip indirgenemeyeceği, ampirik olaylarla ilgisi, çatışmanın soyut düzlemde mi, yoksa somut olaylarda mı ortaya çıktığı soruları yanıtlanacaktır. Bu sorulara verilen yanıtlar izlenerek, hak çatışmasının çözümüne dair genel çıkarımlarda bulunulacaktır. Birinci bölüm, hak çatışmalarının farklı ayrımlar dikkate alınarak çizilmiş tipolojisi ile sonlandırılacaktır.

“Anayasal hak çatışmalarının çözüm teorisi” başlıklı ikinci bölümde, çatışma çözümü için teorik bir çerçeve oluşturulması amacıyla, sınırlılık ve sınırlandırma kavramları incelenecek, hak-sınır ilişkisine dair teoriler ve bununla paralel olarak kapsam teorileri değerlendirilecektir. Zira anayasal hakların çatışma meselesini kavramak için anayasal hakların yapısı ve hakların sınırlandırılması rejimi anlaşılmalıdır. Bunlar ise; hakkın norm alanının, kapsam ve sınırının incelenmesinden ayrı tutulamaz.

Anayasal hakların çatışmasının çözümü yalnızca somut duruma dair anayasal hakların sınırlandırılmasını değil, aynı zamanda - sınırlama kaydı içersin içermesin- tüm

anayasal haklar için geçerli olabilecek sınırların varlığını ve gerekçelendirilmesini de sorgulamayı gerektirir²¹. Bu nedenle ikinci bölümde, anayasal hak çatışmalarının sınırlandırılması ile çatışma arasındaki ilişki, özellikle sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklar açısından incelenecek ve bu bağlamda önerilen içkin sınır teorileri değerlendirilecektir. Bunlar, incelediklerimizle sınırlı olmamakla birlikte; “anayasal sınırlar”, “genel kamu yararı kaydı”, “hukuki değerler tartışı”, “kişiliği geliştirme hakkında yer alan sınırlama üçlüsünün diğer haklara teşmili” ve “Friedrich Müller’in nesnel (objektif) sınırlar teorisi”dir.

İçkin sınır teorilerinden sonra, bölüm başında açıklanmış olan dar kapsam teorisi ile geniş kapsam teorisi karşılaştırılacak ve Alman anayasa hukuku literatüründe son zamanlarda tartışılan dar güvence alanı teorisinin, alternatif bir teori olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilecektir. Kural olarak, geniş kapsam teorisini takip eden Federal Alman Anayasa Mahkemesinin, dar kapsam teorisi bağlamında değerlendirilebilecek kararları özellikle incelenecektir.

Çalışmamızın ana tezi olan anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık tezi, ikinci bölümün son kısmında, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin çözüm teorisi temel alınarak değerlendirilecektir. Aslında uygulamanın ve Mahkeme kararlarının ele alındığı ve odak noktasında pratik uyum ilkesinin yer aldığı bu başlık, üçüncü bölümde dengeleme yöntemi ele alınmadan hemen önce veya dengeleme yöntemiyle beraber ele alınabilirdi. Ancak hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlılık tezi, öncelikle bir sınırlılık teorisi olduğu için ikinci bölüme yerleştirilmesi daha uygun görülmüştür.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin çözüm teorisi altında, anayasal hak çatışmalarının dışında, çatışmanın bir tarafında “diğer hukuki değerler” kavramının yer alması eleştirilerle beraber açıklanacak, çözüm teorisinin anayasanın bütünlüğü ve pratik uyum ilkeleri ile arasındaki ilişkisi incelenecek, bu bağlamda pratik uyumun; sınırlama kayıtları ile ilişkisi, temellendirilmesi ve ölçülülük ilkesi ile ilişkisi ortaya konacaktır. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin pratik uyum içtihadına yer verildikten sonra, pratik uyum ile dengeleme arasındaki ilişki açıklanacaktır.

²¹ Bkz. Thomas Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005), 5.

İkinci bölümün son başlığı, “FAYM’nin çatışma çözüm modeli nasıl işler?” sorusuna ayrılmıştır. Bu soruya yanıt aranırken, çatışmadan kaynaklanan (doğan) sınırlılık tezinin zayıf noktaları değerlendirilecek, teori çerçevesinde karşımıza çıkan ve yüzleşilmesi gereken sorular yanıtlanacaktır. Böylece anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlara dair terminolojik sorun, uygulamadaki tutarsızlık ve bu sınırların meşruluğu değerlendirilecektir. Çatışma çözümü açısından kilit bir soru oluşturan başkalarının haklarının hukuki niteliğinin ne olduğu sorusunun yanıtıyla, çatışmadan kaynaklanan sınırlılık teorisinin en zayıf noktaları da işlenmiş olacaktır. Nihayetinde, bu soruya bağlı olan ve çatışma çözümünü doğrudan ilgilendiren, “bu sınırları belirlemeye yetkili organın hangisi” olduğu sorusunun yanıtıyla beraber bölüm kapatılacaktır.

Üçüncü bölümde, uygulamada gittikçe yaygınlaşan çatışma çözüm yöntemi olan “dengeleme” yöntemi, özellikle Alexy’nin dengeleme yasası temel alınarak teorik açıdan değerlendirilecek, dengelemeye yöneltilen eleştirilere yakından bakılacaktır. Bu bağlamda, anayasal haklara ağırlık atfedilmesi, ölçülemezlik, sübjektiflik ve hukuki belirsizlik eleştirilerine yer verilecektir. Anayasa yargısının meşruluğu da yine bu eleştiriler çerçevesinde, özellikle anayasal hakların çatışmasına istinaden tartışılacaktır.

Ardından Türk anayasa hukukunda, özellikle sınırlandırma sebebi içermeyen anayasal hakların sınırlandırılabilmesi ile çatışma arasındaki ilişki değerlendirilecek ve “Anayasa Mahkemesinin anayasal hak çatışmalarındaki tutumu” ele alınacaktır. Bu bağlamda Mahkemenin kullandığı kavramlara kısaca değinilecek, anayasanın bütünlüğü ile içkin sınırları nasıl değerlendirdiğine bakılacaktır. Anayasa Mahkemesi doğrudan böyle bir ilişkiyi adlandırmasa da, kararlarından anlaşılan devletin pozitif yükümlülükleri ile çatışmalar arasındaki ilişki değerlendirilecektir. Çatışan anayasal haklar arasında adil dengenin kurulmasını bekleyen Mahkemenin, adil denge noktasında derece mahkemelerinin kararlarını nasıl değerlendirdiği ise belli hakların çatışma örnekleri ile beraber incelenecektir. Nihayetinde bir davanın, anayasal hakların çatışması şeklinde ele alınabileceken, anayasal hak ile anayasal değerlerin çatışması şeklinde ele alınmasına dair açıklamalarda bulunulacaktır. Böylece çalışmamız, “Anayasa Mahkemesinin anayasal hak çatışmalarındaki tutumu”nun genel bir değerlendirmesinin yapılmasıyla sonlandırılmış olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI TEORİSİ

I. GENEL OLARAK

Anayasal hakların çatışması teorisine yer verdiğimiz bu bölümde, öncelikle anayasal hak çatışmalarına ilişkin kavramsal bir çerçeve oluşturacağız. Bunun için konumuzu ele alan Alman, İngiliz ve Türk hukuk literatüründe hangi kavramların kullanıldığına bakacağız. Literatürde anayasal hakların çatışması için verilen tanımlara göz attıktan sonra, anayasal hakların çatışmasından ne anladığımızı ortaya koyacağız.

Anayasal hakların çatışması konusunun sınırlarını çizerken, aynı hak öznesinin farklı anayasal haklarının çatışmasını, sahte (geniş) anayasal hak çatışmalarını ve görünüşte anayasal hak çatışmalarını neden konumuzun dışında tuttuğumuzu açıklayacağız.

Anayasal hakların çatışması konusunun kendine özgü önemini ortaya koyabilmek için bu konunun, diğer anayasa hukuku konularından nasıl ayrıldığına ve aynı zamanda da bunlarla ilişkisine bakacağız. Anayasal hakların çatışması sorunuyla karıştırılan veya onunla bağlantılı olarak çalışılan konular; hakkın kötüye kullanılması yasağı, anayasal hakların özel hukuka etkisi ve klasik norm çatışma ilkeleri konularıdır.

Bu bölümde, çalışmayı uygun gördüğümüz bir diğer konu ise anayasal hakların ve hak çatışmalarının yapısıdır. Özellikle Robert Alexy'nin ilkeler teorisini değerlendireceğimiz yerde, anayasal hakların deontik mantık açısından yapısını ele aldıktan sonra, çatışmaların yapısını inceleyeceğiz. Çatışmaların tipolojisini çizerek bitireceğimiz bu bölümde, böylelikle anayasal hakların çatışması konusunun, özellikle “çatışma” boyutunu ilgilendiren teorik çerçevesini çizmiş olacağız.

II. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASINA İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE, TANIMLAR VE KONU SINIRLAMASI

Aşağıda “anayasal hakların çatışması” konusunun, hangi kavramlarla ele alındığını inceleyip, kendi kavramsal tercihimizin sebebini açıklayacağız. Bu konunun,

Türk hukukunun teorik kısmında çok çalışıldığını ne yazık ki söyleyemeyeceğiz.²² Bu konu, adeta Alman hukuk doktrini ile özdeşleşmiş durumdadır. Bu nedenle, konunun öncelikle Almancada, ardından İngilizcede ve son olarak Türkçede hangi terimlerle ele alındığını incelemekte fayda görüyoruz.

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Çalışmamızın konusuna ilişkin literatürde karşımıza en çok “anayasal hakların çatışması” (*Grundrechtskonflikte, Grundrechtskollisionen, conflict between constitutional rights*) kavramı çıkmaktadır²³. Bununla birlikte, özellikle Alman hukuk literatüründe olmak üzere, çok fazla alt terimle karşılaşmaktayız. Aşağıda Alman, İngiliz ve Türk hukuk literatüründe karşılaştığımız kavramları göreceğiz.

1. Alman Hukuk Literatüründe

Alman hukuk literatüründe, anayasal hakların çatışması sorununa ilişkin terminolojik bir belirsizlik hâkimdir²⁴. Bu konuda yayınlanan ilk bilimsel çalışmadan itibaren, anlam olarak ancak nüanslarla birbirlerinden ayrılabilen, farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bunun sonucunda da kavramların kullanımında zorluklar ortaya çıkmaktadır²⁵.

Peters, 1955 yılı gibi erken bir zamanda, anayasadaki düzenlemelerde, bir normun diğerini sınırladığı bir gerilim ilişkisinin (*Spannungsverhältnis*) olabileceğine dikkat

²² Bu konudaki en önemli kaynaklardan biri Osman Korkut Kanadoğlu'nun monografisidir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*. Biz bu tezi yazarken İsmail Köküarı'nın tamamen bu konu bağlamında ve Zeynep Hazar'ın özellikle Avrupa insan hakları hukuku bağlamında “hakların çatışması”nı ele aldığı eserleri yayımlanmıştır. Bu eserler; Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*. Diğer kaynaklar için ise bkz. bu çalışma dp. 64.

²³ Fransız hukuk literatüründe terim, “temel hakların çatışması” (*conflict des droits fondamentaux*) veya “temel hakların çarpışması” (*collision des droits fondamentaux*) olarak geçmektedir. Aktaran, Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin, 2017), 250.

²⁴ Herbert Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen* (München: Franz Vahlen, 1977), 23; Herbert Bethge, “Grundrechtskollisionen”, içinde *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band III*, ed. Detlef Merten ve Hans-Jürgen Papier (Heidelberg: Hans-Jürgen Papier, 2009), 683. Aynı yönde Peter Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen* (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1975), 12; Gregor Heissl, *Grundrechtskollisionen am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet* (Viyana: Verlag Österreich, 2016), 24.

²⁵ Sebastian Schulz, *Grundrechtskollisionen im Berufssport* (Baden-Baden: Nomos, 2011), 20.

çekmektedir²⁶. Schwacke “anayasal hak gerilimleri”ni (*grundrechtliche Spannungslagen*) üst kavram olarak kullanmaktadır²⁷. Klein, 1955 yılında ilk kez “temel hak hükümlerinin çatışmasından” (*Kollision von Grundrechtsbestimmungen*) bahsetmektedir²⁸.

Anayasal hakların çatışması konusunda, terminolojik alanın güvensizliğini gösteren²⁹, Herbert Bethge’nin deyiimiyle bu konuda belirsiz bir ortam yaratan kimi terimler şunlardır³⁰: “Karşı karşıya gelme” (*Konfrontation*), “kümülyasyon” (*Kumulation*), “gerilim durumu” (*Spannungslage*), rekabet (*Rivalität*), “karşıtlık” (*Antinomie*), “zıtlık” (*Gegenläufigkeit*), “çatışma” (*Widerstreit*), “çarpışma” (*Zusammenprall*), “eşgüdüm” (*Koordinierung*)³¹.

Kullanılan bu terimlerin yanı sıra, kimi yazarların, “çatışma”yı kendi eserlerinde birbirinden farklı terimlerle ifade etmesi de ayrıca karışıklığa yol açmaktadır. Örneğin Blaesing, anayasal hak çatışmaları için “çatışma” (*Kollision*) kavramını kullanmaktadır. Ancak yazar açıkça *Konflikt*, *Antinomie*, anayasal hakların çelişkisi (*Grundrechtswiderspruch*) ve “uyuşmazlık” (*Friktion*) kavramlarını eş anlamda kullandığını ifade etmektedir³². Yazar, “normlar arasındaki karşıtlık” olarak, hak

²⁶ Hans Peters, “Kombination verschiedener Verfassungsgrundsätze als Mittel der Verfassungsauslegung”, içinde *Festschrift für Karl Arnold* (Köln ve Opladen: Springer Fachmedien Wiesbaden, 1955), 117-127.

²⁷ Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, 1, 11.

²⁸ Hermann von Mangoldt ve Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz. Das Bonner Grundgesetz, Kommentar* (Berlin, Frankfurt: Franz Vahlen, 1955), 125. Dikkat çeken Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 25 (Ancak Heissl tarihi 1957 olarak vermiştir).

²⁹ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 25.

³⁰ Şüphesiz Türkçede olduğu gibi, Almancada ve İngilizcede de tek bir kelime, başka anlamlar için kullanılabilir. Dolayısıyla burada yer verilecek kelimeleri bizim tek bir İngilizce ve sonrasında Türkçe kelime ile karşılamamız, kelimenin bundan ibaret olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak kelimenin kullanımının amaçladığı en doğru karşılığı bulmak için önce Almanca-Türkçe olmak üzere, Almanca-İngilizce, İngilizce-Türkçe ve Almanca-Türkçe sözlüklere bakarak, konunun bağlamında ve bilgimiz dahilinde kelimenin akla ilk gelen anlamını yazmaya çalıştık. Zaten kelimelerin Türkçe akla gelebilecek bütün anlamlarını yazsaydık, birçok kelimenin aynı anlama geldiğini görmüş olacaktık. Bu da en azından kelimenin akla gelen ilk anlamıyla yakalamaya çalıştığımız o nüansı ortadan kaldıracaktı.

³¹ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 683. Bethge, terimsel olarak “*Grundrechtskollision*” kavramını kullansa da gösteri ve karşı-gösterilerin **karşı karşıya gelmesinden** (*Konfrontation*), genel kişilik hakkı ile sanat özgürlüğü veya ifade özgürlüğü arasındaki **çatışmadan** (*Konflikt*), pozitif ve negatif sendika özgürlükleri arasındaki **kutuplaşmadan** ve inanç özgürlükleri arasındaki **çatışmadan** (*Kollision*) bahsetmektedir. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 4. Bu tür farklı kullanımlar Schwacke’de de vardır. Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*.

³² Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 3.

çatışması (*Rechtskonflikte*) kavramının belirlenmesinden yola çıkmaktadır³³. Nitekim kendisine göre, gerek Anayasa Mahkemesinin, “üçüncü kişilerin çatışan haklarını” (*kollidierenden Grundrechten Dritter*)³⁴, gerekse literatürün “anayasal hakların birbirleriyle uyumsuzluğunu” (*Reibung der Grundrechte mit sich selber*) veya “anayasal hakların çatışmalarını” (*Konflikte der Grundrechte*)³⁵ ele alırken kastettiği de budur³⁶.

Herzog, “anayasal hak çatışmaları” (*Grundrechtskonflikten*) kavramını kullanmaktadır³⁷. Nipperdey “eşdeğerdeki hakların...gerçek çatışmasından” (*echte Kollisiongleichwertiger Rechte*) bahsederken³⁸, Lerche, “yarışan haklardan” ve “çatışmadan” (*konkurrierenden Rechten und Konflikten*)³⁹ söz etmektedir. Kavram karmaşası en iyi Lerche’de görülmektedir⁴⁰. Zira Lerche anayasal “çatışma durumları” (*Kollisionslagen*) için “çatışma uzlaştırması”nı (*Konfliktschlichtung*) gerekli görürken, bu bağlamda “yarışma çözen normların” (*konkurrenzlösenden Normen*) kategorisini vurgulamaktadır⁴¹.

Anayasal hakların çatışması kimi yazarlarca, tamamen farklı bir anlama karşılık gelen, anayasal hakların yarışması (*Grundrechtskonkurrenzen, concurrence*) problemi ile karıştırılmaktadır⁴². Bu nedenle literatürde anayasal hakların çatışması teriminin yeknesak bir anlamda kullanılmaması bir yana⁴³, bu terimden ayrı tutulması gereken

³³ Manfred Lepa, “Grundrechtskonflikte”, *DVB1* (1972): 161. Aynı şekilde Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte* (Berlin: Duncker & Humblot, 1990), 46; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 2. Böckenförde de olumlu ve olumsuz din özgürlüğünün **karşı karşıya gelmesinden** söz etmektedir. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet”, *Die Öffentliche Verwaltung* 49 (1966): 30 vd.

³⁴ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 2.

³⁵ Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht* (Köln, Berlin, München, Bonn: Arl Heymanns, 1961), 132; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 2.

³⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 2.

³⁷ Roman Herzog, “Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte”, *EuGRZ* (1990): 484

³⁸ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 25.

³⁹ Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 126; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 25.

⁴⁰ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 25. Aynı duruma dikkat çeken Bethge, bu karmaşanın sebebini, dipnot 50’de yer verdiğimiz “*Konkurrenz*” kelimesine dair yaptığı açıklamalarla bir mantığa kavuşturmuştur. Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 685

⁴¹ Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 125 vd.

⁴² Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 3-4. Yazar Lerche’yi örnek göstermektedir. Lerche’nin, *Übermass und Verfassungsrecht*, 125’te “yarışmayı çözen normlar” altında, çatışma durumlarının incelendiğine değinmiştik. Ayrıca diğer birkaç yazardaki kavram karışıklığı için bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 7 (dp. 2).

⁴³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 3.

“anayasal hakların yarışması” kavramı karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Bazı yazarlar ise çalışmalarında “yarışma” kavramını, aslında bir çatışma durumunu tasvir etmek için kullanmaktadırlar⁴⁵. Ancak yarışma durumu, çatışma durumundan ayırt edilmelidir⁴⁶.

Anayasal hakların yarışması, bir olay kapsamında uygulanabilecek çeşitli anayasal hakların *aynı ve tek* hak sahibinin şahsında, aynı anda buluşmasıdır⁴⁷. Anayasal hakların yarışmasında haklar *yan yana* iken; çatışmada, kural olarak⁴⁸, *birden fazla*⁴⁹ hak öznesinin anayasal hakları *karşı karşıya*⁵⁰. Bu farklarla beraber, hem çatışma hem de

⁴⁴ Dikkat çeken Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 683.

⁴⁵ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 2 (dp. 6).

⁴⁶ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20.

⁴⁷ Wilfred Berg, *Konkurrenzen schrankendivergenterfreiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes* (Berlin: Verlag Franz Vahlen, 1968), 134; Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 2 (dp. 6); Wolfgang Rübner, “Grundrechtskonflikte”, içinde *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* Bd. 2, ed. Christian Strack (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1976), 474; Reinhold Hess, *Grundrechtskonkurrenzen: zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte* (Berlin: Dunker & Humblot, 2000), 49; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 683-684; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 7; Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 161; Herald Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, içinde *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* Bd. VII/1, ed. Detlef Merten ve Hans-Jürgen (C.F. Müller, 2014), 277; Gerhard Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, *JA*, no. 5 (2006): 357-360; Lothar H. Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, *EuGRZ*, no. 1 (1985): 56 vd.; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20. Benzer şekilde, “yarışma” kavramından, “birden çok hukuk normunun paralel uygulanabilirliğini” anlayan yazarlar da vardır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 27-28 (dp. 104). Blaesing, anayasal hak yarışmalarını, aynı değerde olan anayasal hakların kümülatif uygulanabilmesi olarak tanımlamaktadır. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 7. Heissl’a göre haklar bir yarışma ve rekabet içinde olmadıkları için bu kavramları kullanmak yanıltıcıdır. Aksine, anayasal haklar birbirini tamamlarlar veya güçlendirirler. Bu nedenle yazar, anayasal hakların yarışması yerine, “anayasal hakların kümülasyonu” (*Grundrechtskumulation*) terimini daha uygun bulmaktadır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 28, 30; Gregor Heissl, “Human Right Collisions”, *European Human Rights Law Review*, no. 1 (2016): 36. Heissl “kümülayon” kelimesini, bu kelimeye eserinde yer veren Eberhard’a atıfla kullanmaktadır. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 281 (para. 10).

⁴⁸ Çok istisnai durumlarda, anayasal hakların çatışması aynı hak öznesinin farklı anayasal hakları arasında da ortaya çıkmaktadır. Aynı anayasal hak öznesinin anayasal haklarının çatışmasını, anayasal hakların çatışması konusunun sınırlandırılması başlığı altında ayrıntılarıyla ele alacağız.

⁴⁹ En önemli fark; yarışmada tek, çatışmada ise birden çok hak öznesinin varlığıdır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 29-30; Berg, *Konkurrenzen*, 6 (dp. 19). 47’nci dipnotta yer verdiğimiz yazarların çoğu da bu durumu belirtmişlerdir. Bu nedenle kendilerine tekrar atıfta bulunmaya gerek duymuyoruz.

⁵⁰ Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 358; Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, 14, 25; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 27-28, 30. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 2 (dp. 6); Berg, *Konkurrenzen*, 6 (dp. 19); Wolfgang Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem* (München: Beck, 1967), 41; Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 161. Schulz, FAYM’nin bu terminolojik ayrımı zarar verdiğine dikkat çekmektedir. FAYM, BVerfGE 81, 242 (255) (*Handelsvertreter*) kararında “rekabet halindeki temel hak iddiaları”ndan ve BVerfGE 108, 282 (311) (*Kopftuch*) kararında “birbirleriyle rekabet halindeki haklar”dan bahsetmektedir. Bu ayrımı rağmen, tamamen terminolojik birlik sağlanamamıştır. Dikkat çeken Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20. Bethge’ye göre, yarışma ve çatışma kavramlarındaki bu karmaşa, anayasal hakların çatışmasının kendisi ile ilgili değil; belirsizlikten muzdarip olan ve hukuki dilde çatışan temel hak iddiaları ile eşanlamlı olarak kullanılması gereken anayasal hak yarışmasıyla

yarışma, anayasal hakların eş zamanlı olarak bir araya geldiği vakaları içermektedir⁵¹. Genel kelime anlamına göre, bir çatışma (*Konflikt*) eş zamanlı olma durumunu tanımlamaktadır⁵². Bu bakımdan kimi yazarlar, anayasal hakların çatışması (*Konflikt*) kavramını, anayasal hakların yarışması ve çatışması (*Kollision*) için üst bir terim olarak önermişlerdir⁵³.

da ilgilidir. Dolayısıyla bazen Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da altüst edilen bu tür kavramlar, her zaman yanlış veya dikkatsiz dil kullanımının sonucu değildir. Bunun sebebi, hukuk dilini etkileyen ve onu zenginleştiren yarışma teriminin, kendi anlamsal kararsızlığında yatmaktadır. Zira yarışma, rekabet ve çeşitlilik demektir. Bethge'nin açıklayıcı ve ayrıntılı bulduğumuz ve yarışmanın "rekabet"i de içeren anlamı çerçevesinde yürüttüğü bu açıklamalarının devamı için bkz. Bethge, "Grundrechtskollisionen", 684-685. Bethge'nin "*Kollision*" ve "*Konkurrenz*" kavramlarının kaçınılmaz şekilde birbirleriyle değiştirilebilirliğine dair yaptığı açıklamalar, aslında Alexy'nin Almanca eserinde geçen "*Prinzipienkollisionen*" teriminin, İngilizceye "*competing*" olarak çevrilmesini de izah etmektedir. Alman literatüründe "çatışma" ve "yarışma" kurumları arasındaki farka ilişkin özellikle bkz. Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 26-27; Fohmann, "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich".

⁵¹ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20.

⁵² Duden, *Das grosse Fremdwörterlexikon*, 744'ten aktaran Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20.

⁵³ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20. *Grundrechtskonkurrenzen* ve *Grundrechtskollisionen* için üst kavram olarak *Grundrechtskonflikte* kavramını kullanan yazarlar: Rübner, "Grundrechtskonflikte", 453 vd.; Lepa, "Grundrechtskonflikte", 161 vd.; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 20; Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 27; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 28; Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, 12. Blaesing'in, anayasal hakların çatışmasını (*Grundrechtskollision*) hukuki çatışmaların (*Rechtskonflikt*) anayasal bir biçimi olarak ele alması da (Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 17) *Konflikt*'in üst kavram olmasıyla uyumlu bir görüştür.

Heissl'in (Bm Für Unterricht, Kunst und Kultur (Hrsg), Österreichisches Wörterbuch'tan) aktardığına göre, Avusturya sözlüğüne göre çatışma (*Kollision*) karşılıklı çarpışmayı, yarışma ise bir rekabet halini anlatmaktadır. Çatışma (*Konflikt*) ise genel olarak uyuşmazlık durumlarını tanımlamaktadır. Dolayısıyla bu açıdan da "*Konflikt*"in üst kavram olarak kullanılmasının mantıklı olduğu görülmektedir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 26.

Terminolojideki bu karmaşıya rağmen Alman hukuk literatüründe⁵⁴ konumuz için en uygun terimin, yaygın olarak kullanılan “anayasal hakların çatışması” (*Grundrechtskollision*) kavramı olduğunu söyleyebiliriz⁵⁵.

2. İngilizce Hukuk Literatüründe

İngilizce dil kullanımında bu konu, genellikle “insan haklarının çatışması” (*conflict of human rights*) veya “temel hakların çatışması” (*conflict of fundamental rights*) kavramlarıyla ele alınmaktadır⁵⁶. İstisnai olarak Lorenzo Zucca, “anayasal açmaz”

⁵⁴ Heissl’in eserinden yola çıkarak Avusturya’daki terminolojik kullanım için şu bilgileri verebiliriz: Terim farklılıklarına ve muğlaklıklarına rağmen, kavramların belirginleşen anlamlarının mevcut olduğu Alman hukuk literatürü dikkate alınmaktadır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 26. Buna göre, anayasal hakların çatışması durumuyla ilgili Avusturya hukuk literatüründe de bir birlik söz konusu değildir. Literatürdeki kimi yazarların kullandığı kavramlar için bkz. *Ibid.*, 23, 24. Heissl’in dikkat çektiği üzere, Avusturya Anayasa Mahkemesi farklılaşan bir terminoloji kullanmaktadır. Bir olayda çatışma durumundan (VfSlg 11.567/1987) bahsederken, bir başka olayda ise yarışan anayasal hak iddialarından (VfSlg 18.018/2006) bahsetmektedir. *Ibid.*, 23.

İsviçre’de bu konuda yayımlanan eserde de bir yazarın tercihi “*Grundrechtskollision*” olmuştur. Ancak yazar çatışma durumunu anlatırken, diğerlerinin yanı sıra, anayasal hakların çatışmasında “karşıt menfaatlerin çatışmaya girme”sinden söz etmektedir. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 1. Bununla beraber, yazar, her çatışmanın (*Konflikt*) temel haklarla ilgili olmadığına dikkat çekmektedir. *Ibid.*, 2. Beat Rohrer da, anayasal hakların yarışması için *Grundrechtskonkurrenz*; anayasal hakların çatışması için *Grundrechtskollision* kavramını, bu ikisi için üst terim olarak da *Grundrechtskonflikte* terimini kullanmaktadır. Beat Rohrer, *Beziehungen der Grundrechte Untereinander* (Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1982).

⁵⁵ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: Müller Verlag, 1995); Bethge, “Grundrechtskollisionen”; Fohhman, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrecht Bereich; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 54; Heissl, *Grundrechtskollisionen*; Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”; Martin, *Grundrechtskollisionen*; Rohrer, *Beziehungen der Grundrechte Untereinander*. (Heissl ve Eberhard’ın eserlerinin Avusturya; Martin ve Rohrer’in eserlerinin de İsviçre basımı olduğunu, kendi ülkelerinin hukuk sistemini ele almakla beraber, bizim de yaptığımız gibi Alman hukuk literatürünü temel aldıklarını not edelim). Ayrıca Schulz, *Grundrechtskollisionen*; Lepa, “Grundrechtskonflikte”; Gabriele Britz, “Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch ‘Grundrechtlicher Vorverfahren’”, *Der Staat* 42, no. 1 (2003): 35-59; Mischa Charles Senn, “Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten – das Beispiel satirischer Äußerungen”, içinde *Die Kommunikationsfreiheit der Gesellschaft* Bd. 4, ed. W.R. Langenbucher (Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2003). Robert Alexy, çalışmamızın devamında göreceğimiz üzere, anayasal hakları kurallar ve ilkeler olarak ayırmakta ve kuralların “çatıştığını” (*Regelkonflikt*), ilkelerin ise “yarıştığını” (*Prinzipienkollisionen*) savunmaktadır. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1986), 77-78. Burada, ilkelerin yarışması ile kastedilen *concurrency* (*Konkurrenz*) değil, *competing*’tir. Nitekim Alexy’nin bu eserinin İngilizce çevirisinde kavramlar “*conflict of rules*” ve “*competing principles*” olarak çevrilmiştir. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, çev. Julian Rivers (Oxford: Oxford University, 2002), 48-50.

⁵⁶ Gustavo Arosemena, “Conflicts of Rights in International Human Rights: A Meta-rule Analysis”, *Global Constitutionalism* 2, no. 1 (2013): 6; Brems, “Conflicting Human Rights”; Eva Brems, ed., *Conflicts Between Fundamental Rights* (Antwerp: Intersentia, 2008); Evelyne Maes, “Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights”, içinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, 69-89 (Antwerpen: Intersentia, 2008); David Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights”, *Law and Philosophy* 30, no. 6 (2011): 729-749; José Juan Moreso, “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and

(*constitutional dilemma*) kavramına ve “anayasal trajediler” (*constitutional tragedies*) metaforuna başvursa da, konu için “temel hakların çatışması” terimini kullanmaktadır⁵⁷.

İngilizce eserlerde, yarışma durumu için “*concurrency*” kavramı kullanılmaktadır. Çatışma durumunda anayasal haklar yarışır (*competing*), yani rekabet halindedir; yarışma durumunda da eş zamanlı var olma söz konusu olduğu için *concurrency* (kesişim, birlik) kelimesi bunu karşılamaktadır⁵⁸. Bu nedenle, bizce çatışma konusu için “*conflict of rights*” kavramının yanı sıra, “*competing rights*” kavramının da sıkça kullanılması⁵⁹, kelimelerin İngilizcedeki karşılıklarıyla uyumludur.

Anayasal hakların çatışmasına ilişkin literatürde, *clash* ve *conflict* kelimeleri sıklıkla aynı anlamda kullanılmaktadır. Bunun en iyi örneği, anayasal hak çatışmalarıyla ilgili makalelerin derlendiği “*When Human Rights Clash at the European Court of*

Specificationism”, *Ratio Juris* 25, no. 1 (2012): 31-46; Marina Velasco, *Conflict between Basic Rights and Balancing: Why should Judges abandon the Deontological Stance?* (Apresentação de Trabalho/Congresso, 2013), https://gttj.files.wordpress.com/2013/07/marina_velasco.pdf; Kai Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 3 (2012): 709-731; Stijn Smet, “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law Review* 26, no. 1 (2010): 183-236; Moshe Cohen-Eliya ve Iddo Porat, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *Icon-International Journal of Constitutional Law* 8, no. 2 (2010): 263-286; Luka Burazin, “Conflicts between Fundamental Rights Norm”, içinde *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ed. David Duarte ve Jorge Silva Sampaio (Cham: Springer, 2018):111-117.

⁵⁷ Zucca, bir hakkın feda edilmeden diğerinin gerçekleşmeyeceği duruma, anayasal açmaz diyerek anayasal çelişki kümesini kapsayan daha büyük bir anayasal hak çatışması kümesi varmış gibi bir yanlışlığı oluşturmakta ve okuyucunun aklını karıştırmaktadır. Zucca, *Constitutional Dilemmas*; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 19. Nihayetinde anlaşılın, Zucca’nın sadece anayasal hak çelişkilerini anayasal hak çatışmaları olarak gördüğü ve dolayısıyla bu iki kümenin, onun nazarında eşdeğer olduğudur. Nitekim Zucca, kendi kavramlaştırmasından yola çıkarak temel hakların çatışması için anayasal trajediler metaforunu kullanmaktadır. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 26. Zucca’nın kullandığı terimler, anayasal hakların çatışması için verdiği tanımla ve çatışmadan ne anladığıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle, bu konuya anayasal hakların çatışmasının tanımlanması esnasında yine döneceğiz.

⁵⁸ Heissl, “Human Right Collisions”, 36. Ancak Heissl, yukarıda yer verdiğimiz gibi, Almanca literatürde *Konflikt* kavramının, *Konkurrenz* ve *Kollision*’u kapsayan bir kavram olarak kullanılması düşüncesine paralel olarak, “*conflict*” kavramının “*concurrent*” ve “*colliding*”i kapsayan, geniş bir kavram olduğu gerekçesiyle İngilizce makalesinde insan haklarının çatışması (*human rights collision*) kavramını kullanmaktadır. *Ibid.*, 35.

⁵⁹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), 194; Heissl, “Human Right Collisions”, 35. Yukarıda terimsel olarak “*conflict*” kullandığını belirterek atıf yaptığımız birçok yazar, konuyu ele alırken “*competing rights*”, “*competing interests*” ve “*competing values*” terimlerinden bir veya birkaçını da aynı zamanda kullanmaktadır. Alexy, örneğin ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında klasik bir çatışmadan (*conflict*); ancak anayasal haklar olarak ilkelerin yarışmasından (*competing principle*) bahsetmektedir. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 401, 403; Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, in: *Ratio Juris*, 16, no. 4 (2003): 433-449; Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 16, no. 2 (2003): 131-140.

Human Rights” adlı eserde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışma 2014 yılındaki “(How) *Should the European Court of Human Rights Resolve Conflicts between Human Rights*” adlı sempozyumun ürünüdür. Dolayısıyla İngilizce hukuk literatüründe *clash* ile *conflict* kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığını, ancak terimsel olarak “*conflict*”in daha yaygın olduğunu söyleyebiliriz⁶⁰.

3. Türk Hukuk Literatüründe

Yukarıda, hak çatışmasını ifade etmek için en uygun terimin Almandada *Grundrechtskollision*⁶¹, İngilizcede ise *conflict (of fundamental rights)* olduğu sonucuna vardık. Biz Türkçede bu konuya karşılık gelebilecek en iyi terimin “çarpışma” veya “yarışma” değil, “çatışma” olduğunu düşünüyoruz. “Çarpışmak” kelimesi Türk Dil

⁶⁰ Çalışmanın içindeki makalelerin başlıklarında geçen kelime “*conflict*”tir. Nitekim çalışmanın giriş kısmının ve diğer makalelerin bazılarının adları şu şekildedir: Stijn Smet, “Introduction— Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijn Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 1 (Eserde *clash* ifadesi de kullanılmaktadır); Samantha Besson, “Human Rights in Relation: A Critical Reading of the ECtHR’s Approach to Conflicts of Rights”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijn Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 23; Sébastien Van Drooghenbroeck, “Conflict and Consent: Does the Theory of Waiver of Fundamental Rights Offer Solutions to Settle Their Conflicts?”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijn Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 58 (Eserde “*fundamental rights clash*” ifadesi geçmektedir); Leto Cariolou, “Circumnavigating the Conflict between the Right to Reputation and the Right to Freedom of Expression”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijn Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 171; Eva Brems, “Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijn Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 242. Tsakyrakis de “*conflicting of fundamental rights*” terimini kullanmakta, AİHM’nin *Otto-Preminger-Institut* davasında olayı “*a clash between fundamental freedoms*” şeklinde ele aldığına değinmektedir. Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law* 7, no. 3 (2009): 469-493.

⁶¹ *Grundrechtskollision* kelimesi Türkçeye “anayasal hak çatışması” olarak çevrilebilir. Ancak Almanca için durum biraz daha farklıdır. Çoğul bir vurgu yerine, tek bir hakkın çatışması durumu varmış gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle eserini Almanca yazan Heissl’in, “*Grundrechtskollision*” terimini yanıltıcı bulmasına katılmaktayız. Tek bir anayasal hak kendisiyle hiçbir zaman çarpışamaz. Çarpışmada birden çok anayasal olarak korunan hak iddiası söz konusudur; dolayısıyla “anayasal haklar çatışmaları” “*Grundrechteskollision*” kavramının çevirisine daha uygundur. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 27. Yazara göre, bu tespiti, farklı hak taşıyıcıları olsa da aynı hakkın çatışmasının söz konusu olabileceği durumlar öne sürülerek karşı çıkılabilir. Örneğin gösteri ve karşı gösteri haklarının çatışması olayında çatışan iki özgürlük de toplanma özgürlüğüdür. Burada “*Grundrechtskollision*” kullanılabilir ancak; “*Grundrechteskollision*” kafa karışıklığının engellenmesine yardımcı olacaktır. *Ibid.* Biz, yazarın tekil kavramın yanıltıcı olduğu eleştirisinin, kendisi itiraz edilebileceğini düşünse bile, farklı kişilerin toplanma özgürlüğü örneği için dahi geçerli olduğunu düşünüyoruz. Zira çalışmamızın odak noktası, farklı hak öznelinin haklarının çatışmasıdır. Dolayısıyla burada, anayasada düzenlenmiş tek bir hak normu veya hakkın kendisi söz konusu olsa da, iki hak öznesi, dolayısıyla iki kişinin iddia ettiği iki hak vardır.

Kurumu Sözlüğü'nde, diğerlerinin yanı sıra, 1. “Birbirine çarpılmak, tokuşmak” 2. “Karşılıklı vuruşmak” olarak tanımlanmaktadır⁶². “Çatışmak” kelimesinin anlamı ise, diğerlerinin yanı sıra, “Birbirine çatmak veya çatışmak”tır⁶³. Dolayısıyla iki hakkın karşı karşıya geldiği duruma istinaden “çatışma” veya “çarpışma” kavramlarından birinin kullanılmasında, anlam olarak bir sakınca yoktur. Ancak biz “çarpışma” kelimesinin hukuki boyuttan uzak olup, daha çok olgusal bir durumu andırdığını düşünüyoruz. Zaten bu konuda Türk hukuk literatürüne yerleşmiş kavram “çatışma”dır.

Türk hukuk literatüründe ve Anayasa Mahkemesi içtihatında genel olarak “çatışma” kavramı kullanılmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla ele aldığımız kaynaklarda, konu farklı terimlerle ifade edilse bile biz, “çatışma” kavramını tercih edeceğiz.

Alman hukuk literatürü için iddia edildiğinin aksine, bizde anayasal hak çatışmasının bir üst kavram olarak, yarışma ve çatışmayı kapsayan bir kavram olarak kullanılmasına gerek yoktur. Türk hukukunda bu yönde bir karmaşa tehlikesi mevcut değildir. Türk hukuk literatürü için yarışma konusu ile çatışma arasındaki farka dair ayrıntılı bir tartışma yürütmeye gerek yoktur. Gözler'in belirttiği gibi, anayasa hukukunda hak ve hürriyetlerin yarışmasının doğuracağı önemli bir problem olmadığından⁶⁵ olsa

⁶² <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 4.4.2020).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*; Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2.* (Avrupa Konseyi, 2018), https://www.anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf; Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, *Anayasa Yargısı* 29, no. 1 (2013): 49-59; Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”; Turhan, “Hakların Çatışması”; Kemal Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi* 47, no. 1 (Ocak 1990): 31-67; Mehmet Sağlam, “Ekim 2012 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı* 18, no 1 (2002). <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52002/678122>; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: AÜ SBF Yayınları, 1982), 17; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 249 vd.; Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*; Murat Tümay, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, *Anayasa Yargısı* 32 (2015): 355-378; Oytun Canyaş, “Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2013): 130. Anayasada din özgürlüğünü ele aldığı çalışmasında Hasan Vural, Robert Alexy'nin temel hakların ilkeler ve kurallar ayrımı teorisini benimsemekte, kuralların karşı karşıya gelme durumu için “çatışma”, ilkelerin karşı karşıya gelme durumu ise “yarışma” kavramını kabul etmektedir. Ancak genel olarak anlaşılmaktadır ki terimsel olarak değilse de durum izahı açısından yazar, hakların “karşı karşıya” gelmesinden bahsetmektedir. Hasan Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 69 (2014): 253, 267.

⁶⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 249. Yarışma durumunda ilgili kişi, davranışının kapsamına giren haklardan birini veya diğerini yahut her ikisini de ileri sürebilir. Yarışan hak ve hürriyetlerden biri daha yüksek ve etkili bir koruma sağladığında ise sadece bu hak veya özgürlüğe dayanılabilir. *Ibid.*

gerek, Türk anayasa hukuku literatüründe bu soruna özgü bir çalışmayla karşılaşmadık. Ancak yarışma kavramıyla genel olarak özel hukukta karşılaşıldığını belirtelim.

Bir olaya, birden fazla kanun hükmünün uygulanabilir olmasına yarışma (kanunların telahuku) denmektedir⁶⁶. Aynı olaya uygulanabilecek iki özel hukuk hükmü arasında bir yarışma söz konusudur ve bunlar birbirlerini reddeden nitelikte değildirler. Hangi hükmün uygulanacağı, bu hükme dayanacak olan kişinin tercihine kalmıştır⁶⁷. Burada yarışma kavramının, İngilizce’de anayasal hakların çatışması ele alınırken hakların yarışması (yani bir rekabet halinde olması) ile kastedilen *competing* değil, *concurrence* olduğu açıktır. Dolayısıyla Alman hukuk literatürü için yukarıda *Grundrechtskonkurrenz* olarak kavramsallaştırdığımız durum, Türk hukukunda “yarışma” kavramıyla karşılanmaktadır⁶⁸.

“Çatışma” kelimesine dair açıklamalarımızı yaptıktan sonra, “anayasal haklar” kavramına bakalım. Çatışma konusunu ele alan **Almanca kaynaklarda**, yaygın olarak *Grundrecht* terimi kullanılmaktadır. “*Grundrecht-Grundgesetz*” terimleri ise Türk hukukundaki temel hak kavramının kökenidir. Almancada hem “*Verfassung*” hem de “*Grundgesetz*” (Temel Kanun) terimleri “anayasa” anlamında kullanılmaktadır⁶⁹. Örneğin, önemli bir anayasa teorisyeni olan Robert Alexy’nin “*Theorie der Grundrechte*”⁷⁰ eseri, Julian Rivers tarafından “*A Theory of Constitutional Rights*”⁷¹ yani “Anayasal Hakların Teorisi” olarak çevrilmiştir⁷². Dolayısıyla Alman hukukunda temel hakların, anayasal haklar anlamında kullanıldığı açıktır. Zaten temel haklara, temel sıfatını kazandıran, bu hakların anayasa tarafından tanınmasıdır⁷³.

Çatışma konusunu ele alan **İngilizce çalışmalarda** ise, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi dikkate alındığı için, “insan hakları” (*human rights*)

⁶⁶ Kemal Tahir Günsoy, “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 1 (Ocak 1974): 172.

⁶⁷ Günsoy, “Haksız Eylem”, 176.

⁶⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 249.

⁶⁹ *Ibid.*, 96. Nitekim Alman Anayasasının adı da “*Grundgesetz*”tir <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf> (erişim tarihi: 6.4.2020).

⁷⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*.

⁷¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*.

⁷² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 96.

⁷³ *Ibid.*

teriminin kullanılması olağandır. “İnsan hakları” tüm insanların yalnızca insan olmalarından kaynaklı, insan onurunun gereği olarak sahip oldukları kabul edilen hakların tamamına karşılık gelmektedir⁷⁴. İnsan hakları terimi⁷⁵, felsefi, ahlaki, siyasi bir vurgu da içerdiği ve devlet tarafından düzenlenmeye ihtiyaç duymayan haklar olduğu için biz, çalışmamızı bu terimle genişletip karmaşık hale getirmek istemedik. Zira neyin insan hakları olduğu sorusuna, farklı perspektiflerden, çok farklı cevaplar verilebilmektedir.

İngilizce çalışmalardaki “temel haklar” (*fundamental rights*) terimi ise genellikle anayasal haklar için kullanılmaktadır. Örneğin Zucca, temel hakların çatışması kavramını kullanmakta ve temel hakları, bireylere anayasal statü sağlayan haklar olarak tanımlamaktadır⁷⁶. Dolayısıyla Zucca’nın çalışmasındaki “temel haklar”, bizim çalışmamızın başlığındaki “anayasal haklar”a denk düşmektedir⁷⁷.

Yukarıdaki bilgilerden yola çıkarak, çalışmamızda “anayasal haklar” terimini kullanmayı tercih ettik. Anayasal hakları, basitçe “anayasa tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış haklar”⁷⁸ şeklinde tanımlayabiliriz. Bu terim, bize hem bir belirlilik sağlar, hem de anayasa hukukunun sınırları içinde kalmamıza yardımcı olur. Bu

⁷⁴ *Ibid.*, 84-86.

⁷⁵ Bkz. *Ibid.*, 84-86. Bu terim kaynağını, devlet karşısında bireyin haklarına vurgu yapan tabii hukuk okulundan alır. *Ibid.*, 87. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde tabii hukuk anlayışını yansıtabilecek şekilde kullanılmış olan bu terim, modern bildirgelerde ve sözleşmelerde de kullanılmaktadır. *Ibid.*, 88. “İnsan hakları” terimi için ayrıca bkz. Mithat Sancar, “Temel Hakların Yorumu” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 1995), 2.

⁷⁶ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, xi, xii.

⁷⁷ Gözler, hak ve özgürlükler rejimini açıklarken, “anayasal hak ve hürriyetler” teriminin kullanılmasının konuyu gereğinden fazla sınırlandıracağını belirtmiştir. Yazar, temel hakları, anayasada tanınan haklar olarak tanımladığı için aynı eleştirinin “temel haklar” terimine de yapılacağını belirtmiş, ama Türk hukuku için konuşursak, Anayasa madde 12’den yola çıkarak, Anayasadaki “temel hak ve hürriyetler” teriminin anayasal hak ve hürriyet değil, genel anlamda insan hakları bağlamında kullanıldığını savunmuştur. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 273. Ayrıca bkz. *Ibid.*, 103. Bu durumda Gözler’in, insan hakları terimi yerine, temel haklar terimini tercih etmemesinin hala bir anlamı kalmış mıdır, biz buna şüpheyle yaklaşıyoruz. Ancak biz de başlığımızı “insan hakları” yerine anayasal hakların çatışması olarak belirlememizin, konumuzu sınırlandırmak anlamına gelip gelmeyeceğini düşündük. Nihayetinde çalışmamız, insan hakları hukukundan ziyade, anayasa hukuku kapsamında yer aldığı ve odaklandığımız nokta anayasal sistemlerdeki hak çatışmaları olduğu için “anayasal haklar” teriminde karar kıldık.

Gözler’in, şu tespiti de terminoloji konusunda bizi destekler niteliktedir: “Aksi düşünülse bile, hukuk dogmatik kısmında yapılan incelemeler çok büyük ölçüde anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlere ilişkindir. Yerli ve yabancı bütün temel hak ve hürriyetler hukuku kitaplarında incelenen hak ve hürriyetler neredeyse hepsi anayasalarda düzenlenen hak ve hürriyetlerdir; yani ‘temel’ hak ve hürriyetler veya ‘anayasal’ hak ve hürriyetlerdir.” *Ibid.*, 277.

⁷⁸ *Ibid.*, 103. Merkezine “insan hakları”nı alan bir çalışma ile “temel haklar”ı alan diğer bir çalışmanın içereceği sorunları, bunun sonucunda çalışmaların farklılaşmasını ve farklı perspektiflerdeki incelemelere yönelmesini Mithat Sancar çok güzel ifade etmiştir. Bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 4-5.

terimden anayasal hakların yanı sıra, anayasal özgürlükleri⁷⁹ de anlamaktayız⁸⁰. Belirtelim ki çalışmamızda özellikle “anayasal haklar” kavramını tercih etmekle beraber, birçok kaynakta anayasal haklar yerine geçen “temel haklar” kavramını da kullanmaktayız.

B. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI KAVRAMININ TANIMI

Bu başlık altında anayasal hakların çatışmasının, literatürde nasıl tanımlandığını açıklayıp, kendi görüşümüzü ortaya koyacağız.

Bethge'nin, 1977 yılındaki eserinde yer verdiği anayasal hakların çatışması tanımı genel bir kabul görmektedir: “Aynı ya da farklı temel hakların, farklı temel hak sahiplerince özgürlüğün karşılıklı zedelenmesi sonucunu doğuracak şekilde kullanılması (*Insanspruchnahme*)”⁸¹. Yazar'a göre, bu tanım Federal Alman Anayasa Mahkemesinin o dönemdeki son içtihatlarında⁸², çatışma olasılığını kabul ettiği durumları tanımlamaktadır⁸³.

⁷⁹ Kuşkusuz, özgürlük, haktan daha geniş bir kavramdır. Çünkü özgürlük, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış her insan fiili olarak tanımlanabilirken; hakkın varlığı için hukuk düzeni tarafından tanınması gerekir. Bu açıdan bakıldığında, hak, özü itibarıyla hukuk düzeni tarafından korunmuş özgürlüktür. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 69-70. Anayasa tarafından güvence altına alınmış hakları ele aldığımız için, kullandığımız “anayasal haklar” teriminin, anayasal haklar ve özgürlükleri beraber kapsadığına şüphe yoktur.

⁸⁰ Anayasal haklara denk geldiğini söylediğimiz “temel haklar”; “temel hürriyetler” ve “temel hak ve hürriyetler” aralarında bir fark olmaksızın literatürde birbirinin yerine kullanılmaktadır. *Ibid.*, 94-96.

⁸¹ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 1.

⁸² BVerfGE, 28, 243 (261) (*Dienstpflichtverweigerung*). Ayrıca Federal Alman Anayasa Mahkemesinin aşağıda sıkça karşılaştığımız diğer kararları: BVerfGE 30, 173 (193) (*Mephisto*); BVerfGE 32, 98 (108) (*Gesundbeter*); BVerfGE 33, 23 (32) (*Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*); BVerfGE 35, 202 (219) (*Lebach*); BVerfGE 36, 264 (281) (*Untersuchungshaft*). Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 1 (dp. 4).

⁸³ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 1-2. Bu tanıma eserinde aynen yer veren Senn, “Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten”, 341. Benzer yönde Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 161; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 41 (dp. 84); Berg, *Konkurrenzen*, 6 (dp. 19); Hans Lothar Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, *BayVB1* (1971): 55.

Bethge, 1977 tarihli eserinde, o dönem için terminolojinin “serbest, kesinlikle henüz net olmayan bilimsel kavram oluşumuna” dayandığını vurgular. Yazar bireysel terminolojik seçenekler için Blaesing'e ve Schwacke'a işaret etmektedir. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 2 (dp. 6). Schwacke, anayasal hakların çatışmalarını, “temel hakların bir temel hak sahibi tarafından kullanılmasının, diğer bir temel hak sahibinin temel haklarına zarar verdiği durumlar” olarak tanımlar. Schwacke aslında bu durumları, “*Spannungslagen*” olarak tarif ettiği dört durumdan biri olarak açıklar. Ancak sonraki açıklamalarından, bununla çatışma durumunu kastettiği rahatça anlaşılır. Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, 11, 12. Blaesing, anayasal hakların çatışması kategorisine yalnızca anayasal hak güvencelerini değil, aynı zamanda objektif anayasal değerlerin çatışmasını da dahil eder. Ona göre anayasal haklar, hukuki değerlerin en üst üstünde yer alarak, hukuk düzeninin farklı seviyelerine etki eden objektif değer düzenini inşa ederler. Burada, objektif hukuk

Bethge'nin 2009 yılındaki “*Grundrechtskollisionen*” adlı makalesine göre ise, anayasal hak çatışmaları, “iki veya daha fazla anayasal hak sahibinin anayasal olarak güvence altına alınmış haklarının, karşılıklı olarak özgürlük sınırlaması doğuracak şekilde çatışma” içinde olduğu durumları⁸⁴ karşılamaktadır. Dolayısıyla bu tanım, yazarın 1977 yılında verdiği tanımıyla neredeyse aynıdır. Ancak iki tanım arasında, çözüme dair sonuçları da etkileyecek bir farklılık ihtimali vardır. 2009 yılındaki tanımda, çatışmanın sonucu olarak “özgürlüğün zedelenmesi” (*Freiheitsbeeinträchtigung*) değil, sınırlanması (*Freiheitsbegrenzung*) ifadesi geçmektedir. Bu iki kelime, aynı bağlamda kullanılabilir görünmektedir. Ancak bu iki kavramın farklı şekilde anlaşılması, çatışmanın kavranmasında farklı sonuçlara yol açacaktır. Ne demek istediğimizi ayrıntılandıralım.

“*Beeinträchtigung*” kelimesinin “ihlal” olarak çevrilip, hak çatışmalarının “özgürlüğün ihlali” sonucu ile tanımlanması, bizce “sınırlama”dan farklı bir duruma işaret etmektedir. Örneğin O. Korkut Kanadoğlu, Bethge'nin 1977 yılındaki eserine atıf yaparak, anayasal hakların çatışmasını “aynı ya da farklı temel hakların farklı temel hak sahiplerince karşılıklı özgürlük ihlali sonucunu doğuracak şekilde kullanılması” olarak tanımlamaktadır⁸⁵. Dolayısıyla Kanadoğlu, “*Freiheitsbeeinträchtigung*” kelimesini “özgürlük ihlali” olarak çevirmektedir. Kanadoğlu'nun “ihlal” (*Beeinträchtigung*) olarak çevirdiği kelime ile “sınırlama”/ “sınır çizme” (*Begrenzung*) kelimeleri, hukukta farklı anlamlar ifade etmektedir. Bu nedenle tanımlarda geçen “*Beeinträchtigung*” ile “*Begrenzung*” kelimelerinin anlamlarını, Türkçe karşılıklarını ve birbirleriyle ilişkilerini, açıklığa kavuşturma gereği duymaktayız.

“*Begrenzung*”, sınırlama, kısıtlama ve sınır çizme anlamına gelmektedir⁸⁶. *Beeinträchtigung* kelimesinin fiil hali olan “*beeinträchtigen*”in karşılığı olarak göze ilk

alanında soyut anayasal hak değerleri, anayasa altı hakların yorumlanması ve uygulanması esnasında çatışmalar. Blaesing, “*Grundrechtskollisionen*”, 3. Objektif değer konusuna, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin de bu bakış açısını yansıttığı içtihatlarını ele alırken daha ayrıntılı değineceğiz.

⁸⁴ Bethge, “*Grundrechtskollisionen*”, 668; Bethge'ye atıfla Eberhard, “*Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen*”, 294.

⁸⁵ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 5. Aynı yönde; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 1: “Bir anayasal hak sahibinin anayasal hak kullanımının, başka bir anayasal hak sahibinin anayasal hak kullanımına zarar vermesi anayasal hak çatışmalarını doğurur.” Ancak burada Céline Martin, karşılıklı olma durumundan öte, bir hakkın diğerinin zararına yol açması bakış açısından yola çıkmaktadır. Biz bu bakış açısını kabul etmiyoruz. Çünkü anayasal hakların çatışmasında, her iki hak diğer hakka zarar verme amacı olmaksızın kullanılmaktadır. Anayasal hakların kötüye kullanımı yasağını ele alırken bu ifadeyi açacağız. Bkz. bu çalışma dp. 1346.

⁸⁶ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Begrenzung> (erişim tarihi: 08.04.2020).

çarpanlar ise; zarar vermek, bozmak, müdahale etmek ile ihlal etmek kelimeleridir⁸⁷. Kelimenin anlamı “biri üzerinde, engelleyici, önleyici, olumsuz bir etkiye sahip olmak”tır. Bir diğer ifadeyle, birinin özgürlüğünü (olumsuz yönde) etkilemektir⁸⁸. *Beinträchtigung* kelimesinin anlamı, kullanılan bağlama göre değişiklik gösterir. Kelimeyi “ihlal” olarak çevirdiğimizde, ihlal kelimesinin açıkça ifade ettiği bir hukuka aykırılığı *a priori* olarak kabul etmiş olacağız⁸⁹. Oysa özgürlüklerin kısıtlanması, sınırlanması, sınırlarının çizilmesi ifadelerinden, doğrudan bir hukuka aykırılık anlamı çıkmaz. Biz çatışma tanımında geçen *Beinträchtigung* kelimesini (özgürlüğü) “zedelemek”, “olumsuz anlamda etkilemek”, (özgürlüğe) “zarar vermek” ve bağlamına göre “müdahale etmek”⁹⁰ olarak çevirmeyi uygun görmekteyiz⁹¹. Böyle bir tercih ile olgusal bir durumu nitelendirmiş olup, çatışmanın “ihlal” ile sonuçlandığı şeklindeki hukuki nitelendirmeden kaçınmış olmaktadır.

Anayasal hakların çatışması kavramının, daha dar ve keskin sınırlarla tanımlandığı durumda ise “ihlal” kelimesinin kullanılması sorun yaratmaz. Örneğin, çatışma tanımında “ihlal” (*violation*) kelimesini kullanan Zucca’ya göre, eşit statüdeki

⁸⁷ Tureng Sözlüğü. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/almanca> (erişim tarihi: 08.04.2020).

⁸⁸ <https://www.duden.de/rechtschreibung/beeintraechtigen> (erişim tarihi: 8.4.2020).

⁸⁹ Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. “FAYM’nin dar kapsam teorisi yönünde aldığı kararların değerlendirmesi” başlığı ve bağlantı için özellikle dp. 113 ve dp. 2230.

⁹⁰ Alman Anayasasının orijinalinde “*beeinträchtigen*” kelimesinin nasıl çevrildiğine de baktık. Alman Anayasasının İngilizce çevirisinde bu kelimenin karşılığı “*interfere with*” (“ihlal”) (m. 12a(2)); “*undermine*” (“zedelemek”) madde 21(2), (3); “*harmful to*” (olumsuz etkileyen) (m. 104b, m. 109(3) ve 115(2)) olarak çevrilmiştir. Madde 115g’de “*beeinträchtigt*”, “*impaired*” (sınırlandırılmaz) olarak çevrilmiştir. Tersine bir inceleme yapıp Almanya Anayasasının Türkçe çevirisindeki “ihlal” kelimelerinin geçtiği yerleri Almancasında arattığımızda, yukarıda değindiğimiz m.12a(2)’deki “*beeinträchtigen*” ve m. 98/2’deki “*verstössen*” haricinde, karşılık olarak “*verletzen*” kelimesinin kullanıldığını görmekteyiz ((m. 2(1); 19(4); 34; 61; 84(4); 93(1)). Dolayısıyla Almanca “*verletzen*” kelimesini, hukukta rahatça “ihlal etmek” olarak çevirebilsek de, “*beeinträchtigen*” kelimesinin, ancak bazı bağlamlarda bu anlama geldiği sonucuna varmaktayız. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf> (erişim tarihi: 8.4.2020); Basic Law for the Federal Republic of Germany, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (erişim tarihi: 8.4.2020). Bu kelimelerin yanlarında, parantez içinde yazan Türkçe karşılıkları ise Alman Anayasasının Türkçe çevirisinden aldık. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar Schüller, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf/http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (erişim tarihi: 8.4.2020). Aksini belirtmediğimiz sürece Alman Anayasasının maddelerinin Türkçe çevirileri, bu kaynaktan alınmıştır.

⁹¹ Nitekim, anayasal hakların çatışmasını, *beeinträchtigen* kelimesi ile tanımlayan Martin’e göre, çatışmaya dahil olan özel hukuk kişilerinin anayasal hakkının kullanımı, bir başka anayasal hak taşıyıcısının anayasal koruma alanına müdahale eder (*eingreifen*). Bu müdahale, iki anayasal hak pozisyonunun üst üste binmesine yol açar. Karşı karşıya duran bu anayasal hak pozisyonlarında, her iki anayasal hak sahibi de kendi anayasal haklarının koruduğu menfaatlerin yerine getirilmesini talep ederler ki bunlar da çatışmaya girer. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 1; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 453.

farklı temel hak sahiplerinin, eş zamanlı yürürlükte ve uygulanabilen aynı ya da farklı haklarının karşı karşıya olması, hakların çatışması açmazdır (*dilemma of the conflict of rights*)⁹². Zucca'nın "ihlal" kelimesini kullanması, yazarın anayasal hak çatışmalarını çok dar anlamda kavrayışıyla uyumlu, bilinçli bir tercihtir. Zira yazara göre, hak çatışmalarında iki veya daha fazla hakkı uyumlaştırmak mümkün değildir. Bu haklardan birinin uygulanması, diğerinin ihlalinin gerektirir⁹³. Zucca'nın kavrayışında, anayasal hakların çatışmaları açmazında, iki hak tarafından izin verilen eylem aynı anda icra edilemediği için⁹⁴, bu haklardan biri feda edilemeden çözüm bulunamaz⁹⁵. Yazar, bu durumlar için iki uzlaşmaz iyi (veya kötü) şeyin arasında bir tercihi, biri için bir şeyi kaybetme fikrini yansıtan anayasal trajediler metaforunu da kullanmaktadır⁹⁶.

Biz, çalışmamızı, anayasal *hakların* çatışması olarak adlandırdık. Ancak çatışmayı, "ödev"i temel alarak tanımlayan yazarlar da vardır. Bunun sebebi, "hak" ile "ödev"in simetrik kavramlar olması⁹⁷ ve dolayısıyla hak kavramının karşısında ödevin yer almasıdır⁹⁸. Zira bir hukuki ilişkide veya durumda, bir tarafın hakkı varken, diğer tarafın bir ödevi söz konusudur⁹⁹. Bu nedenle hak ve ödevin oluşturduğu hukuki ilişkiye hak değil, ödev açısından yaklaşan çatışma tanımları şaşırtıcı değildir.

Örneğin, Peggy Ducoulombier'e göre, anayasal hak çatışmaları gerçekte *hakların* çatışmasından ziyade, devletin *ödevlerinin* çelişmesidir¹⁰⁰. Bomhoff'a göre, "bireysel hakların arasındaki gerçek bir çatışma, ancak her iki hakkın da gereklerini olgusal olarak

⁹² Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 3.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 25; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 50.

⁹⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, x; Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 19, 20.

⁹⁶ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 4. Sofokles'in Antigone'si örneği gibi. Doğru tarafta ve ancak kurban olduğunu düşünen iki taraf vardır. Bu iki taraftan birinin uymak istediği dini bir norm ile diğer tarafın istediği hukuki bir normün çatışması söz konusudur. *Ibid.*, 4-5. Nur Kayacan da Zucca'ya atıfla, hak çatışmasını, bir resimde bir hakkın varlığının, diğerini o resimden dışlaması olarak tarif eder. Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 5. Anayasal hakların çatışmasının Zucca'nın belirttiği kadar trajik bir sorun oluşturup oluşturmadığını, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında inceleyeceğiz. Biz "ihlal" kavramının çatışmanın tanımında kilit bir kavram oluşturduğunu düşünmekteyiz. Çatışmanın tanımı, çatışma çözüm imkanı, varsa bu imkanların neler olduğu konusundaki hususlar bu kavramın kullanıma göre değişecektir.

⁹⁷ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (Ankara: Orion, 2011), 21; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 75.

⁹⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 75.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Peggy Ducoulombier, "Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview", içinde *Conflicts Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems (Antwerpen: Intersentia, 2008), 221 (dp. 26). Vurgu bize aittir.

gerçekleştirmek mümkün olmadığında, vardır”¹⁰¹. Arosemena, anayasal hakların çatışmasından, iki veya daha fazla hakça tanımlanan ödevlerin, aynı yerde ve aynı anda gerçekleştirilememesini anlamaktadır. Zira bir hak ile uyumlu olan eylemin icrası, diğerinden kaynaklanan ödevde uygun davranmayı gerektiren eylemin icrasını imkansız kılmaktadır¹⁰².

Gregor Heissl, anayasal hak çatışmalarını, ödevlerin çatışması olarak kabul eden bu yazarlara değinir ve anayasal hakların karşılıklı özgürlük sınırlamalarına yol açtığına dair –yukarıda Bethge’ye ait olup genel kabul gördüğünü belirttiğimiz- tanıma atıf yapar. Yazar, çatışmanın; aynı anda korunamayacak, çatışan menfaatler mevcut olduğunda, yani farklı anayasal ihtiyaçları gidermek devlet için imkansız olduğunda ortaya çıktığını belirtir¹⁰³. Yazar bu nedenle, çatışmanın “anayasal hak yükümlülüklerinin çatışması” (*Grundrechtsverpflichtungskollisionen*) ile daha iyi ifade edilebileceği görüşündedir¹⁰⁴.

Bize göre de, “anayasal hakların çatışması” kavramından ziyade, “devletin koruma yükümlülüklerinin çatışması” kavramı, çatışmanın içeriğini daha doğru karşılamaktadır. Bunun nedeni, aşağıda, anayasal hakların özel hukuka etkisi kısmında geniş yer verdiğimiz koruma yükümlülüğü¹⁰⁵ teorisinde bulunabilir. Örneğin, bir tarafın özel yaşamın gizliliği hakkı ile diğer tarafın ifade özgürlüğü hakkının çatışmasına bakalım. Bu çatışmada, özel yaşamın gizliliği ve ifade özgürlüğü hakları kural olarak devlet karşısında geçerli olan haklardır¹⁰⁶. Burada hak sahiplerinin birbirlerine karşı anayasal haklarından değil, ancak her ikisinin de devletten talep edecekleri anayasal haklarından söz edebiliriz¹⁰⁷.

¹⁰¹ Jacco Bomhoff, “The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights”, içinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems (Antwerpen: Intersentia, 2008), 225.

¹⁰² Arosemena, “Conflicts of Rights in International Human Rights”, 8.

¹⁰³ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 33.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 27, 30. Heissl’a göre çatışma, en az iki hak taşıyıcısının anayasal olarak güvence altına alınmış temel haklarından en azından biri için devletin güvence yükümlülüğünün oluşması, fakat bu hakların aynı anda gerçekleştirilememesidir. *Ibid.*, 29.

¹⁰⁵ Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 133.

¹⁰⁶ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, çev. Doron Kalir (New York: Cambridge University, 2012), 84, <http://ebooks.cambridge.org/ebook.jsf?bid=CBO9781139035293>.

¹⁰⁷ Barak, *Proportionality*, 84-85.

Anayasal haklar, kural olarak doğrudan özel kişiler arasında uygulanmadığı için, çatışan doğrudan anayasal haklar değildir¹⁰⁸. Bu anlaşmazlığı çözmekle görevli olan devletin, bir tarafın hakkı karşısındaki yükümlülüğü ile diğer tarafın hakkı karşısındaki *çelişkili yükümlülükleri çatışır*¹⁰⁹. Buna rağmen biz, “anayasal hakkın gerçekleştirilmesi” üzerindeki vurguyu korumak adına, “anayasal hakların çatışması” kavramını tercih ettik. Böylelikle, çalışmamızın anayasal hak teorisi ile yoğun bağlantısına dair özelliğini de yansıtmak istedik.

Devletin koruma yükümlülüğünün anayasal hakların çatışmasıyla olan ilişkisini, aşağıda ayrıca ele alacağız. Ancak bu durumda tanım açısından yapılacak olan tespit değişmeyecektir: Anayasal hakların çatışması, en az iki farklı anayasal hak sahibinin anayasal haklarının koruma alanlarının, aynı olay için bağdaşmaması¹¹⁰ nedeniyle aynı anda gerçekleştirilememesi¹¹¹, bu anlamda hakların kullanımlarının birbirlerine karşılıklı¹¹² müdahale oluşturmasıdır. *Karşılıklı* müdahale, her bir anayasal hakkın, diğer

¹⁰⁸ Britz, “Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen”, 56-57.

¹⁰⁹ Barak, *Proportionality*, 85. Ayrıca Britz, “Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen”, 56-57. Aynı yönde bunu vurgulayan Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 133.

¹¹⁰ Çatışma, koruma alanlarının çakışması (nedeniyle birbirlerini karşılıklı sınırlamaları) şeklinde de ifade edilir. Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 166; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 2. Heissl, farklı koruma alanlarının çarpışması ifadesini kullanır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 27. “Bağdaşmama” durumu, hak sahiplerinin anayasal haklarından kaynaklanan, birbirine zıt yönde sonuçlar taşıyacak yetkilerinin olması şeklinde de ifade edilir. Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 18; Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 49. Pischel de çatışmayı kural olarak, birden fazla yetki sahibinin özgürlük haklarının çarpışması olarak tanımlar. Yazarın kural olarak demesinin sebebi, bireysel özgürlükler ile anayasal topluluk değerleri arasındaki çatışmayı da kabul etmesidir. Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 359. Pischel’in çatışma tanımıyla aynı yönde; Maes, “Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights”, 69; Brems, “Conflicting Human Rights”.

¹¹¹ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 26-27. Benzer yönde Autexier: “İki kişinin aynı anda uzlaşmaz iki hakka sahip olmaları durumunda çarpışma vardır.” Autexier (Christian), *Introduction au droit public allemand* (Paris: PUF, 1997), 129’dan aktaran Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 250.

¹¹² Her anayasal hak çatışmasında; karşı karşıya gelme, karşıtlık veya kutupluluk mevcuttur. Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 166. Aynı yönde bkz. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 26-27; Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 359.

anayasal hakkın geçerliliği pahasına iddia edilmesi¹¹³ anlamına gelmektedir¹¹⁴. Karşılıklı müdahalenin hakkın kullanımını imkânsız mı kıldığı, yoksa koruma alanını mı sınırladığı ise çatışmanın türüne bağlı olarak değişmektedir¹¹⁵.

Bizim “ihlal” ile “sınırlama” kelimesine önem vererek, bu kavramlara dair ayrıntılı açıklamalar yapmamızın nedeni de bu ilişkidir. Zira anayasal hak çatışmasını “ihlal” kelimesiyle tanımladığımızda, iki hakkın birinden geriye bir şeyin kalmaması kastedilmektedir. Ancak bir “sınırlama” halinde, sınırlanan haktan geriye bir şey kalacaktır. Bu nedenle anayasal hak çatışmasının nasıl tanımlandığı ve bu tanımın içinde “ihlal” kelimesinin mi yoksa “sınırlama” kelimesinin mi geçtiği önemlidir.

Kesin olan şudur ki; çatışan iki anayasal hakkın her birinin sağladığı koruma, çatışma olmaksızın sağlayacağı korumadan daha azdır. Bu nedenle biz, anayasal hak çatışmalarını, *hakların, sağladıkları korumanın kısmen gerçekleştirilmesine veya hiç gerçekleştirilmemesine yol açacak şekilde, karşı karşıya gelmeleri durumu*, şeklinde de tanımlamaktayız.

¹¹³ Çatışmanın tanımında “ihlal” veya “sınırlama” meselesindeki kadar karışık olmasa da bir başka kelime grubu daha önem teşkil eder. Bunlar; çatışmanın tanımında yer alan bir “hakkın kullanılması” (*Inanspruchnahme*), “uygulanması” (*Ausübung*), “iddia edilmesi” (*beanspruchen*) veya “hakka başvurmak” (*sich berufen*) kavramlarıdır. Tanımlarda geçen bu kelimelerin önemi, anayasal hakların çatışmasının normatif olarak mı yoksa fiili olarak mı ortaya çıktığı sorusuyla bağlantılıdır. Başka bir ifadeyle, çatışmayı tanımladığımız düzlem neresidir? Normatif düzlem mi, olgusal düzlem mi? Bu kelimelere dair yapacağımız açıklama, bu sorunun doğrudan cevabını vermez; ancak bize çalışmanın ilerleyen kısımları için bir ipucu sunar. Yaygın olarak tanımlarda geçen *Inanspruchnahme* kelimesi, hem iddia (*beanspruchen*) hem de faydalanma olarak geçer (Tureng). Duden’e baktığımızdaysa, diğer anlamlarının yanı sıra, örneğin bir hakkı kullanma, ondan yararlanma anlamını görürüz: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Inanspruchnahme> (erişim tarihi: 10.4.2020). Biz (hakka dair) “kullanım”, “faydalanma”, “iddia” veya “başvuru” kelimelerinin çatışma tanımını değiştirmeden birbirlerinin yerine kullanılabileceğini düşünüyoruz. Zira hakkın iddia edilmesi veya hakka başvurulması, hakkın kullanımı için atılmış bir adımdır. Hak çatışması tanımında geçen kullanım, bir hak zaten diğer bir hak ile karşı karşıya kaldığı için bunun tamamen gerçekleştirilmesi meselesine değil, iddia edilmesine yani hak sahibinin bu haktan faydalanma, hakkın sağladığı anayasal güvenceden yararlanma, menfaati elde etmek isteğine, bu sürece odaklanır. Stemmler ise bu kelimeyi –aşağıda detaylıca açıklayacağımız üzere- başka bir şekilde algılar. Bkz. bu çalışma dp. 2230.

¹¹⁴ Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 161; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 2; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 98. Vurgu bize aittir. Benzer yönde Rohrer, *Beziehungen der Grundrechte Untereinander*, 18: “Farklı anayasal hak taşıyıcıları, çatışan menfaatlerinin sağlanması için temel haklarına dayandıklarında” anayasal hak çatışması vardır.

¹¹⁵ Bkz. “Tam Anayasal Hak Çatışması” başlığı.

C. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI KONUSUNUN SINIRLANMASI

Bu başlık altında, çalışmamızın kapsamı dışında tutacağımız üç konuya değineceğiz. Bunlar; aynı anayasal hak öznesinin farklı anayasal haklarının çatışması, anayasal hakların anayasal statü ile donatılmış anayasal değerlerle çatışmasını ifade eden “sahte çatışmalar” (geniş anlamda çatışma) ve “görünüşte çatışma” meseleleridir.

1. Aynı Anayasal Hak Öznesinin Farklı Anayasal Haklarının Çatışması

Tanım bölümünde, anayasal hakların çatışmalarını, kural olarak birden fazla anayasal hak sahibinin hakkının varlığıyla tanımlamıştık. Ancak istisnai durumlarda, anayasal hak çatışmaları tek bir kişi için de söz konusu olabilir¹¹⁶. Bir hak sahibinin belli bir hakkı uygulamasıyla, bu hakla çelişkili bir diğer özgürlüğünü ortadan kaldırmayı amaçlaması, tek taraflı bir anayasal hak çatışmasına neden olur¹¹⁷. Bu çatışma türü, en azından iki hak taşıyıcısı arasındaki çatışmadan, bu yönüyle ayrılır¹¹⁸. Tek hak öznesinin mevcudiyeti nedeniyle yarışmayı andırırsa da bu çatışmalar, yarışmanın aksine, hakların aynı zamanda uygulanabilmesi şeklinde oluşmazlar; birçok güvencenin farklı zamanlarda kullanımını aracılığıyla ortaya çıkarlar¹¹⁹.

Anayasal hakların çatışmasının, aynı anayasal hak öznesinin farklı anayasal haklarının çatışmalarından ayrılması gerekir¹²⁰. Bizim ilgilendiğimiz sorun, bir kişinin anayasal hakkının, başka bir anayasal hak öznesinin hakkı ile aynı anda tamamen veya kısmen gerçekleştirilememesidir. Farklı anayasal hak sahiplerinin anayasal haklarının çatışmasında kural olarak muhatap üçüncü kişi değil, devlettir. Buna rağmen burada üçüncü bir kişi kendi hakkını kullanarak, dolaylı yoldan, başkasının hakkının yerine getirilmesine engel olmaktadır. Aynı hak sahibinin çatışan hakları söz konusu olduğunda ise -anayasal hak çatışması tanımımıza yerleştirdiğimiz unsur olan- “başka bir hak taşıyıcısı” yoktur.

¹¹⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 9; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 30.

¹¹⁷ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 9.

¹¹⁸ *Ibid.*, 9.

¹¹⁹ *Ibid.*, 9. Anayasal hakların farklı zamanlarda uygulanması yoluyla bir özgürlük daralması, Federal Anayasa Mahkemesinin gerekçelendirdiği (BVerfGE 6, 32 (36) (*Elfes*)) ve literatürdeki baskın düşüncenin teyit ettiği, genel hareket özgürlüğü güvencesini içeren GG m. 2/1’in yorumuna dayanır. Bu yorum beraberinde, GG m. 2/1 gereği bireysel olarak ödev altına girme özgürlüğünün, anayasal olarak tanındığının kabulü sonucunu getirir. *Ibid.*, 10.

¹²⁰ *Ibid.*, 9.

Kişinin, bir anayasal hakkından ötürü, bununla bağdaşmayan diğer bir anayasal hakkının gerçekleştirilememesi, kişinin (diğer) anayasal hakkından feragat edip edememesi ve iradesi hilafına hakkının korunup korunmamasıyla doğrudan bağlantılıdır. Devletin anayasal hak öznesini kendi rızası hilafına koruması ise; hak garantörü olarak bir hak öznesinin hakkının yerine getirilmesi nedeniyle, bir diğerinin hakkını yerine getirememesinden çok farklıdır¹²¹.

Yukarıda yaptığımız açıklamaları somutlaştırmak için ötenazi örneğini ele alalım. AİHM'nin önüne defalarca gelen ötenaziye ilişkin başvurularda, kişinin yaşam hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 2) ile kendi isteği doğrultusunda kendi ölümü için karar verebilmesi, yani otonomi hakkı (AİHS madde 8) karşı karşıyadır¹²². Bir diğer örnek, Blaesing'in değındığı Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin (FYİM) bir kararıdır¹²³. Olayda bir çevik kuvvet memuru, kendi görevi nedeniyle, çevik kuvvet hizmetinin özel gereklilikleri kapsamında, belli bir dönem boyunca evlenmemekle ödevlidir. Ancak bu evlenmeme klozuna uymaması nedeniyle işten çıkarılmıştır¹²⁴. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, kararda, Anayasanın 2'nci maddesinden kaynaklanan, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı bağlamında kişinin kendi karar verdiği bağların

¹²¹ Aynı yönde *Ibid.*, 11. Blaesing'e göre, polis memuruna dair verdiğimiz bu örnekteki gibi bir sorunun çözümüne, Federal Yüksek İdare Mahkemesinin doğru tespit ettiği gibi, ancak diğer hak pahasına ulaşılabilir. Yine de bu bağlamda, bir anayasal hak feragatinin kabul edilebilirliği sorunu ortaya çıkar. Zucca, çatışmayla ilgili çalışmasında özel bir başlığı; kişinin yaşam hakkı ile karar verme mahremiyeti arasındaki çatışmaya ayırır. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 142-167. Burada, kişinin ölüm isteğı ve bunu bir doktorun yardımıyla yapmasını ele alır. Yazar bu durumu ötenaziden ayırır. Ötenazide, doktor nihai eylemi yerine getirir. Doktor yardımcı intiharda ise, bu yaşamı sonlandırma eylemini hasta yerine getirir. *Ibid.*, 143. Yazar nihayetinde konuyu, yaşam hakkı ile kişinin karar verme mahremiyeti arasındaki çatışma olarak ele alır ve bu çatışmayı AİHS madde 2 ile madde 8 kapsamında değerlendirir. Zucca, birçok kişinin durumu böyle görmek yerine, yalnızca kişinin otonomi menfaati ile devletin yaşamı korumadaki menfaati arasındaki tek çatışmayı gördüğünü ifade eder. Yazar, bu bakışın sorunlu olduğunu, zira kişinin karar verme mahremiyetinin basit bir menfaate indirgenmesi anlamına geldiğini belirtir. *Ibid.*, 144. Biz gerek ötenaziye, gerek benzeri durumları ana metinde yer verdiğimiz gerekçelerle, konumuzun dışında tutuyoruz. Bu anlamda, kişinin yerine getirilmesini arzu ettiği hakkı ile devletin korumak istediğı diğer hakkı arasında bir değer ilişkisi oluşturma çabasında değiliz.

¹²² *Pretty v. United Kingdom* kararında, olay, ölümcül hastalığı olan kişinin, ötenazi için yardım beklemesidir. Fakat bu durum ulusal ceza hukukunda suç olarak düzenlenmiştir. AİHM, *Pretty v. United Kingdom*, B. No. 2346/02, 29.04.2002). Ayrıca *Haas v. İsviçre*, B. No. 31322/07, 20.01.2011; *Gross v. İsviçre*, 67810/10, 14.05.2013. Dikkat çeken Heissl, "Human Right Collisions", 36; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 30. Benzer bir örnek olarak ölüm oruçları da gösterilebilir.

¹²³ BVerwGE 14, 21'den aktaran Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 9.

¹²⁴ *Ibid.*

altında olması hakkı ile evlilik ve aile hayatının korunması (Alman Anayasası (GG) madde 6/1) arasında, çatışmanın varlığını tanımıştır¹²⁵.

Her iki örneğe dair tartışmanın merkezinde, aslında kişinin kendisinin hakkından feragat etmesinin hukuki niteliği, daha açık bir ifadeyle, bu feragatin geçerliliği yer almaktadır. İki örnekte de anayasal hakların çatışmasını belirleyen, “karşı karşıya gelme, kutupluluk” olgusu mevcuttur. Ancak çatışma tanımımızdaki diğer unsur olan “karşılıklı müdahale”yi yaratacak başka bir hak öznesi(nin hakkı) söz konusu değildir. Oysa gerçek hak çatışmaları için ilke olarak geçerli olan şey, çatışan hakların etkilerinin bu karşılıklı bağımlılık çerçevesinde belirlenmesidir¹²⁶.

2. Sahte Anayasal Hak Çatışmaları

Anayasalarda yalnızca bireysel anayasal haklar değil, aynı zamanda anayasal statü ile donatılmış toplumsal menfaatler de güvence altına alınmaktadır¹²⁷. Bu menfaatler, anayasal hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlayan, işlevsel bir toplumsal düzenin ön koşuludurlar¹²⁸. Kimisi devlet yönetimi ilkeleri olan, anayasada yer alan toplumun en önemli çıkarları, vatandaşları yalnızca özgür, bağımsız bireyler olarak algılamaz. Onları, aynı zamanda üst seviyedeki öncelikli bir birlik ile, yani devletle bütünleşmiş unsurlar olarak algılamaktadır¹²⁹. Bu hükümlerde korunan menfaatler, devlet adına vatandaşların

¹²⁵ Mahkeme, işten atılmayı, GG madde 6/1’deki koruma alanına bir müdahale olarak görmüştür. Ancak aynı zamanda, Anayasa madde 2/1 aracılığıyla gönüllü bağlar da korunmaktadır. Madde 2/1’in garanti ettiği ödev özgürlüğünün uygulanmasıyla, madde 6/1’deki anayasal hakkına zarar vermenin ön şartları gerçekleşmiştir. Federal Yüksek İdare Mahkemesinin görüşüne göre, çatışan güvenceler arasında bir menfaat tartımı yapılmalıdır. BVerwG 14, 21 (27) kararından aktaran Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 10-11. Somut davada, FYİM, madde 6/1’deki anayasal hak lehine karar vermiş ve bu işten çıkarmayı hukuka aykırı bulmuştur. *Ibid.*, 9. Blaesing’in verdiği bu örneğe Heissl da dikkat çekmiştir. Heissl, “Human Right Collisions”, 36 (dp.). 12; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 30 (dp. 114).

¹²⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 11.

¹²⁷ BVerfGE 28, 243 (261) (*Dienstpflichtverweigerung*).

¹²⁸ BVerfGE 30, 173 (193). Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 19; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 4.

¹²⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 4. Kişinin, toplumla bu bağlılığına dair aynı yönde Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 55. Federal Anayasa Mahkemesi, Kanadoğlu’nun deyimiyle “temel haklarla toplumu ilgilendiren amaçlar arasındaki çatışmayı ilk kez ve temel esasları ortaya koyarak” verdiği, ceza infazında temel hakların geçerliliğine dair kararda, yukarıdaki bilgiyi teyit eden ifadeler kullanmaktadır. Mahkemeye göre, “Anayasa değerlerle bağlı, özgürlüklerin ve insan onurunun korunmasını tüm hukukun en yüksek amacı olarak tanıyan bir düzendir; Anayasanın insan tasarımı, başına buyruk birey modeli değil, bilakis toplum içinde bulunan ve topluma karşı çeşitli yükümlülükleri olan kişilik modelidir... Sınırlama ancak Anayasanın değerler düzeni tarafından korunan toplumla ilgili amaçlara ulaşmak için zorunluysa ve bunun için anayasa normlarının öngördüğü biçimlerde gerçekleşiyorsa düşünülebilir...” BVerfGE 33, 1 (10-16) (*Strafgefangene*)’den aktaran Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 111.

şahsi gelişim imkanlarının daraltılmasını¹³⁰ ve anayasal hak öznesinden kendi çıkarlarını gözetirken dikkate alınmayı gerektirmektedir¹³¹.

Anayasal statü ile donatılmış kolektif menfaatlere, özgür demokratik temel düzenin veya gençliğin korunması örnek verilebilir¹³². Örneğin *Josefine Mutzenbacher* kararında Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan annenin ve babanın eğitim hakkından ve Anayasanın 1'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan insan onuru ile bağlantılı olarak 2'nci maddesinin birinci fıkrasından çıkarılan, çocukların devletin koruması altında sorumluluk sahibi kişiler olarak yetiştirme istemini dikkate almıştır. Böylelikle Mahkeme, gençliğin korunmasını, anayasal norm derecesiyle donatılmış bir değer konumuna koymuş ve sanat özgürlüğünün karşısına, onunla çatışan gençliğin korunmasını yerleştirmiştir¹³³.

Keza öğretim özgürlüğünün anayasal sadakate bağlanması (GG madde 5/3) veyahut anayasada bir kurum olarak yer alan federal silahlı kuvvetlerin (GG madde 12 a, m. 17a, ve madde 4/3) işlevselliği, toplumsal değerlere örnek olarak verilebilir¹³⁴. Literatürde bu tür menfaatleri koruyan hükümlere, devletin keyfiliğine yol açtıkları

FAYM'nin temel haklar anlayışı iki zıt yönle nitelendirilebilir. Bu yönlerden biri, anayasanın liberal düzende insan onurunu koruma işlevidir. Diğeri ise toplumsal yöndür. Toplumsal yön bireyi toplumdan izole edilmiş şekilde kabul etmez. Aksine birey özel alandan çıkıp sosyal bağlam kazandığı ölçüde, bireysel özgürlükten kayıplarını kabul etmek gerekecektir. Herwig van Nieuwland, "Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken" (Doktora tezi, Göttingen, 1981), 103-104. Alman Anayasa Mahkemesi başından beri (anayasanın insan tasarımına ilişkin olarak), temel hakların sırf bireysel bakış açısı ile değerlendirilmesini reddetmiştir. Bireyin bağımsızlığını, kendine karşı sorumluluğunu, kişilik ve özgürlük gelişimini güvence altına alan temel haklar, koruduğu bu alanı mutlaklaştırılmaz. Toplumla olan ilişkilerinde birey, siyasal hayvan (*zoon politikon*) olarak görülmelidir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 132. Bu görüşe, anayasal hukuki değerlere temel haklar karşısında geçerlilik kazandırmada ana gerekçelendirme aracı olarak başvurulur. *Ibid.*, 133. FAYM'nin "insan imajına" dair kimi kararlar için bkz. Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 105.

¹³⁰ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 4. Blaesing burada, Josef M. Wintrich'ten bir alıntı yapmaktadır: "Kişi ve toplulukzıt kutuplardadır, bunların her biri yalnızca ortak bir oyunda diğerlerinin varlıklarına bağlı olarak mevcut olurlar ve gelişebilirler." Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 4-5.

¹³¹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 55 (para. 116); Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 19. Anayasal hak sahibine yüklenen bu yükümlülük, Anayasa Mahkemesinin deyimiyle "Anayasanın insan tasarımını"ndan kaynaklanır. Mahkemeye göre, "birey, yasakoyucunun sosyal ortak yaşamın korunması ve desteklenmesi için varolan durumda beklenebilecek olanın sınırları içinde çizdiği davranış özgürlüğünün sınırlamalarına uymalıdır. Burada kişinin benliğinin korunmuş kalması şarttır." BVerfGE 4, 7 (15) (*Investitionshilfe*)'ten aktaran Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 132-133.

¹³² Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 19.

¹³³ BVerfGE 83, 130 (143) (*Josefine Mutzenbacher*). Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 111.

¹³⁴ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 4.

gerekçesiyle eleştiriler yöneltilmektedir¹³⁵. Biz bu eleştirileri çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağız. Ancak şu hususlardaki uzlaşmaya yer verelim: (1) Anayasal haklar, toplumsal menfaatlerle bir gerilim ilişkisi içerisindeyler¹³⁶. (2) Bu çatışmaların ortadan kaldırılması bireysel hak alanlarının koruma alanlarının azalmasına yol açabilir¹³⁷. Netice itibarıyla anayasal hakların uygulanması, anayasaca tanınmış toplumsal menfaatler ile çatışabilir¹³⁸. Literatürdeki gerçek çatışma ve sahte (gerçek olmayan) çatışma ayrımı da buna dayanmaktadır.

(Gerçek) anayasal hak çatışmalarında (*echten Grundrechtskollisionen*)¹³⁹, iki anayasal hak pozisyonu çatışırken¹⁴⁰; sahte anayasal hak çatışmalarında (*unechte Grundrechtskollisionen*), yetkilendirilmiş bir anayasal hak pozisyonu, yani bireysel bir anayasal hak ile anayasal statü ile donatılmış hukuki değerler çatışmaktadır¹⁴¹.

Anayasal hak normlarının kendi aralarındaki çatışmalarının, anayasal hak normlarının diğer norm tipleri ile arasındaki çatışmalardan¹⁴², yani “sahte çatışma”lardan ayrılması gerektiğine Zucca da dikkat çekmektedir. Yazar, bu ikinci çatışma türünü “geniş anlamda çatışma” (*lato sensu*) olarak da kavramsallaştırmaktadır. Dar anlamda

¹³⁵ Bkz. *Ibid.*, 6.

¹³⁶ Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 165; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 6.

¹³⁷ Vurgu Blaesing’e aittir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 6; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 19. Bu durum temel hakların toplum ile ilişkisinden kaynaklanır. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 6.

¹³⁸ *Ibid.*, 5.

¹³⁹ Eberhard, gerçek olmayan anayasal hak çatışmaları kavramını, anayasal hakların yarışması bağlamında kullanır. Burada uygun yarışma terminolojisinden farklılaşarak, haklar arasında eğer bir özellik ilişkisi varsa bunu gerçek olmayan çatışma olarak, hakların yanyana uygulanabilirliğini de gerçek anayasal hak çatışmaları olarak tanımlar. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 277.

¹⁴⁰ Blaesing, gerçek anayasal hak çatışmalarını, çatışmada sadece birbirine karşıt bireysel hak güvencelerinin veya objektif anayasal değerlerin yer almasıyla nitelendirir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 5. Yukarıda anayasal hakların çatışması tanımında verdiğimiz tanımlar, gerçek çatışmalara denk geldiği için burada ayrıca ilgili yazarlara atıfta bulunmaya gerek duymuyoruz.

¹⁴¹ *Ibid.*; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 19; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 137, 129. Kanadoğlu, sahte çatışmalar olarak tanımladığımız çatışmaları “gerçek olmayan temel hak çatışmaları” olarak adlandırmaktadır. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 129 vd. Lepa bu tür çatışmalarda, anayasal hakkın karşısındaki “anayasal olarak korunan kurumlar” veya “anayasal statüye sahip topluluk menfaatleri” olarak belirtir. Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 166. Heissl ise çatışmanın diğer tarafındakileri devlet hedefli hükümler veya anayasal ödevler olarak gösterir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 38-39. Schwacke’ın da gerilim durumlarında yer verdiği bir diğer grup, anayasal olarak korunan bireysel hakkın topluluk menfaatleriyle çarpışmasıdır. Yazar bunu, bireysel anayasal bir hakkın, devleti destekleyen bir emirle karşı karşıya geldiği durumlar olarak tanımlar. Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, 11, ayrıca 28-29.

¹⁴² Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 50; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 20.

(*stricto sensu*) çatışma, anayasal haklar arasındaki çatışmalar¹⁴³; geniş anlamda çatışma, anayasal hak normu ile diğer normlar arasındaki tüm çatışma tiplerini içermektedir¹⁴⁴. Geniş anlamda çatışma, anayasal haklar ile anayasada yer alan diğer toplumsal amaçlar veya menfaatler arasındaki çatışmadır. Anayasada bu iki duruma da rastlanabilir ve hatta anayasa, genel veya özel bir madde ile anayasal hak ile kolektif menfaat arasında bir ilişki de yaratmış olabilir¹⁴⁵.

Kişilerin haklarının toplumsal menfaatlerle çatışmaları ile anayasal hakların çatışmalarında ortak olan unsur, çelişkili iddiaların varlığıdır. Ancak her iki problem çerçevesinin, kavramsal olarak kesin şekilde birbirlerinden ayrılması gerekmektedir¹⁴⁶. Bu ayrım, anayasal hakların niteliklerine bakılarak yapılabilir.

Sübjektif kamu hakları olarak anayasal hakların öncelikli işlevi, bireyin özgürlük alanını devletin egemenlik müdahalelerine karşı korumaktır¹⁴⁷. Burada, özel hukuktaki gibi eşitler arasında bir ilişki değil de, devlet gücü karşısında bireyin yer aldığı eşitsiz bir ilişki söz konusudur. Anayasal hakların bu ilk işlevine baktığımızda, aslında bir çatışma durumundan değil; anayasal hakka müdahale olup olmamasından, daha açık ifadeyle, hakkın ihlal edilip edilmemesinden bahsedilir¹⁴⁸. Zaten bu tür durumlarda, toplumsal

¹⁴³ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 51.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 50, 51; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 20. Bizce bu tür çatışma örnekleri için “sahte çatışma” yerine, Zucca’nın kullandığı gibi “geniş anlamda çatışma” kavramının kullanılması daha uygun olabilirdi. Çünkü toplumun menfaatleri, bireysel anayasal hakların karşısında konumlandırılıp hakkın sınırlanması için bir potansiyel oluşturduğunda, çatışmanın özünde olan farklı anayasal hak sahiplerinin olduğu kümenin dışına çıkmış, çatışmanın tanımı genişletilmiş olur.

¹⁴⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 50; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 20. Anayasa, genellikle bu tür menfaatleri genel veya özel sınırlama sebepleri olarak öngörerek veya bu tür menfaatlerin korunmasını ayrıca öngörerek bu tür bir ilişkiyi kurar. Kimi zaman bu değerler, toplumsal işlevselliği sağlayabilecek menfaatler değil de, Anayasaların başlangıç bölümlerinde kendilerine yer bulan, kurucu iktidarın korumaya değer gördüğü veya korumayı amaçladığı anayasal düzeni oluşturan değerler de olabilir.

¹⁴⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 5. Aynı yönde, Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 129. Pischel, kural olarak, çarpışmaların birden fazla anayasal hak sahibi arasında çıktığını belirtmesine rağmen, bireysel özgürlükler ile anayasal topluluk değerleri arasındaki çatışmayı buna dahil eder. Ancak yazar, bireyin kısıtlanmamış özgürlüğünü daraltmamak için anayasal değerlere başvururken dikkatli olunmasını tavsiye eder. Yazarın bu tür çatışmaya verdiği örnek, vicdan özgürlüğünün Federal Silahlı Kuvvetlerin işlevselliğiyle çarpışması üzerinedir (BVerfGE 28, 243). Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 359.

¹⁴⁷ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 4; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 169.

¹⁴⁸ Gerçi burada, Heissl bir farktan bahsetmektedir. Yazara göre, gerçek olmayan anayasal hak çatışmalarında, münferit davada mevcut ilgili kişi için somut bir etki söz konusu olabilir ve olmak zorundadır. Bu yönüyle gerçek olmayan anayasal hak çatışmaları, kamusal menfaatin bireysel menfaatle tartıldığı geleneksel anayasal hak müdahalelerinden ayrılır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 39. Örneğin yazara göre, bireysel dava için somut bir etkinin bulunmaması nedeniyle, dini veya vicdani nedenlerle (din özgürlüğü) ve kapsamlı ulusal savunmaya anayasal bağlılık nedeniyle askere

değerlerin anayasal hakların sınırlanması için bir sebep olarak ortaya konulduğu görülmektedir. Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı devlet tarafından, ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği vb. nedenlerle sınırlandırabilmektedir¹⁴⁹. Bu sınırlandırmanın en temel ölçütü ise müdahalede ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığıdır¹⁵⁰; çatışan başka bir anayasal hak veya özgürlük değil. Bu sınırlandırmanın nedeni bireysel bir anayasal hak değil, anayasal statü ile donatılmış hukuki değerlerdir. Bu değerlerin kendilerinden kaynaklanan öznel haklar yoktur¹⁵¹. Bunlar ile anayasal haklar arasındaki çatışmalarda, gerçek anayasal hak çatışmalarındaki (iki hak sahibi ile devletin oluşturduğu) *üçlü ilişki* oluşmaz¹⁵². Daha ziyade anayasal hakkın, toplumsal çıkarların sağlanması görevi verilen *devletle klasik yüzleşmesi* söz konusudur¹⁵³.

Anayasal hakların ihlal edilmesi halinde devlet yükümlüdür. Bu durumda birey, devlete karşı anayasal hakkına başvurabilir. Ancak karşılıklı bir şekilde, devlet bireye karşı anayasal haklara dayanamaz. İşbu durum da birey ile devlet arasındaki klasik ilişkide, anayasal hak çatışmalarının neden ortaya çıkmayacağını açıklar: Bu ilişki yalnızca birey için bir anayasal koruma alanına yol açabilir¹⁵⁴. Oysa gerçek anayasal hak çatışmalarında, çatışma bireyler arasında meydana gelir. Devlet bu ilişkide, anayasal

alınmayı reddetme çatışması gerçek olmayan anayasal hak çatışmaları değildir. Durum, ifade özgürlüğü ile Nazi faaliyetinin yasaklanması arasındaki gerilime benzer. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 39 (dp. 154). Yazarın gerçek olmaya verdiği örnekler ise şunlardır: Girişim özgürlüğünün, devlete yönelik çevre koruması ile potansiyel olarak çatışması veya güvenlik ile veri koruması arasındaki gerilim. Veri koruması burada anayasal haktır. Güvenliğin ise (AİHS m. 5'te yer alsın da-veya anayasalarda yer alsın da) maddi bir anlamı yoktur. Buna rağmen, belirli koşullar altında, kısmen anayasal haklardan, kısmen de kamu güvenliğini güvence altına alma anayasal ödevinden, hukuk devleti ilkesinden soruşturma yükümlülüğü çıkarılabilir. Örneğin, bir suç mağduru güvenliğe dayanabilir. Bu durumda şüphelinin verilerinin korunması menfaatiyle çatışması söz konusu olabilir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 39. Böylece Heissl'in olaya dahil olan kişi için "somut bir etki" derken neyi kastettiğini anlarız. Heissl'in bu açıklamaları, aslında bizim gerçek olmayan hak çatışmaları için yukarıda verdiğimiz kritere aykırı durur. Zira biz gerçek ve sahte anayasal hak çatışmalarını Heissl'in ifadeleriyle "kamusal menfaatin bireysel menfaatle tartıldığı geleneksel anayasal müdahale"ler kriteri ile ayırmış olduk. Peki, Heissl'in bu görüşleri nerede işimize yarayabilir? Her ne kadar sahte çatışmaları, çatışmanın diğer tarafında kamusal menfaatin yer almasıyla tanımlasak da, bu kamusal menfaatin, toplumsal menfaat mi olduğu, yoksa aslında ayrı ayrı anayasal hak özneleri olan birçok kişinin menfaatlerine mi denk geldiği her zaman kolayca anlaşılabilir. Toplumsal menfaat gibi görünen, birçok kişiyi koruyan bir hakkın sübjektif bir hak olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesinde, bu konuya bakmak gerekebilir. Bu durumda "somut etki" bir kriter haline gelebilir.

¹⁴⁹ Aynı yönde Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 50.

¹⁵⁰ Sahte anayasal hak çatışmalarının çözümü olarak ölçülülük ilkesine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 162 vd.

¹⁵¹ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 38-39.

¹⁵² Anayasal hakların çatışmalarındaki üçlü ilişki için aynı yönde Martin, *Grundrechtskollisionen*, 4.

¹⁵³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 137, 129. Vurgular bize aittir.

¹⁵⁴ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 24.

hakkın garantörüdür¹⁵⁵. Tüm bu nedenlerle biz çalışmamızı, yukarıda tanımını ayrıntılarıyla verdiğimiz gerçek anayasal hak çatışmalarıyla sınırlıyoruz¹⁵⁶.

3. Görünüşte (Yapay) Çatışmalar

Doktrinde, çatışma gibi algılanan konular, görünüşte (yapay) (*scheinbar, spurious*) çatışmalar olarak nitelendirilip, gerçek anayasal hak çatışmalarından ayıklanmak istenmektedir. Kimi durumlarda, yanıltıcı gerekçelendirmelere dayanarak görünüşte çatışmalar da gerçek çatışmalar gibi algılanabildiği için bu ayıklama başlı başına bir konu oluşturmaktadır¹⁵⁷.

Görünüşte çatışmaların gerçek anayasal hak çatışmalarına dahil edilmesi, Bethge tarafından, yetersiz bir kurumsal düşünme kategorisi olduğu yönünde sert bir dille eleştirilmiştir¹⁵⁸. Yazarın eleştirdiği husus, diyalektik karşı akımların, mevcut yasal-politik fikirleri (arzuları) ve yenilik ihtiyaçlarını, anayasal olarak korunan bir hukuki değer niteliği ile hızla ilişkilendirmeleri ve bunlarla (diğer) anayasal hakların çatışmasını anayasal bir statüye yükseltmeleri, yani bunları anayasal statüye sahiplermiş gibi yansıtma¹⁵⁹. Anayasal güçle donatılmış bu arzuların, anayasal hakla çatışmasının çözümünde, gerçek anayasal hak talepleri ile yer değiştirmesi, bir diğer tabirle, bunlara öncelik verilmesi de yazara göre pek ender rastlanan bir durum değildir¹⁶⁰. Bu tür gelişmeler, hukuk politikasıyla ilgili olan ve bir dereceye kadar kaçınılmaz olan istekleri iddia etmek ve gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanılma riskini taşırlar¹⁶¹. Bethge, gerçek anayasal haklar çatışması olgusunun, kabul edilebilir ve bilgi için yeni fırsatlar

¹⁵⁵ Senn, “Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten”, 343. Gerçi burada yazar, ilke olarak anayasal hak çatışmalarının anayasal hak öznelerinin arasında çıkacağını, bu anlamda devletin bu kümelenmenin dışında olduğunu vurgular. Senn, “Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten”, 343. Ancak, yazarın bu söyledikleri, anayasal hakların çatışmasındaki üçlü ilişkide devletin garantör rolüne sahip olmasıyla uzlaşmaz değildir. Zira anayasal hak çatışmalarındaki çatışma, her hâlükârda iki anayasal hak öznesi arasındadır. Céline Martin de anayasal hakların çatışmasında **iki anayasal hak öznesi ve devletin müdahil olduğu üçlü ilişkiden** (*Grundrechtsdreieck*) bahseder ve devleti, bu ilişkide çatışan her iki anayasal hak iddiasını da dikkate almak zorunda olan aracı olarak betimler. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 4. Devletin anayasal hak çatışmalarındaki rolünü, ayrıntılarıyla anayasal hakların özel hukuka etkisi başlığı altında tartışacağız.

¹⁵⁶ Kanadoğlu kendi çalışmasında gerçek olmayan çatışmaları da ele almıştır. Bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 137 vd.

¹⁵⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 51.

¹⁵⁸ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 133.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*, 135.

sunan tartışmalı bir başlangıç noktası olacakken, görünüşte veya sahte çatışmalarla ilgili gerekçeli bir kararlar gözden düşürülmesinden endişe etmektedir¹⁶².

Görünüşteki çatışmalardaki taleplerin¹⁶³, anayasal haklardaki gibi bir özgürlük hakkı (*Freiheitsmacht*) nitelikleri yoktur; bunlar, ancak kısa ömürlü, hukuki politik "*Zeitgeist*"ın ürünüdürler¹⁶⁴. Görünüşte çatışmalar, anayasal politik arzuların karşılanması için ihtiyaç ve isteklere göre bazı iddiaların, anayasal hak iddiaları olarak konumlandırılıp, anayasal hak çatışmaları statüsüne yükseltilmeleri ile ortaya çıkar. Fakat, görünüşte anayasal hak çatışmalarının ortaya çıktığı tek biçim, bu değildir¹⁶⁵.

Sosyal katılım ve performans talepleri de çatışma anlamında revaçtadır. Bethge, bu akım için "performans devletindeki temel haklar"¹⁶⁶ açıklayan Haeberle'ye atıfta bulunmaktadır. Birey ve devlet arasındaki tek boyutlu ilişki (temel haklar-müdahale), anayasal hakların koruduğu çıkarılara göre devlet yararlarından etkilenen kişi ve grupların sayısındaki artışla, kolektif etkileri amaçlayan "çok taraflı" bir performans ilişkisi haline gelmektedir¹⁶⁷. Bethge, Haeberle'nin, bu çok işlevli ilişkinin, anayasal haklarla çatışma çerçevesi içinde çözülmesi gerektiğine dair vardığı sonucu, şu soruları gündeme getirmemekle eleştirmektedir: Genel olarak anayasal hakların toplumsal gücü ve özellikle katılım fırsatları açısından eşitlik ilkesini üreten her şey, anayasal hakların kutsanmasıyla hemen kutsanır mı? Yararlanma hakkına sahip olanlar arasındaki çatışma derhal bir anayasal haklar çatışması boyutunu alır mı?¹⁶⁸ Dolayısıyla bu sorular, aslında Bethge'nin

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Bethge, örnek olarak tüm üniversitelerin yönetime katılma tartışmasını ele almaktadır. Burada profesörlerin, öğrencilerin ve üniversitenin anayasal statüye sahip oldukları ileri sürülür ve bu hak iddialarının çakışması sözde "zamanımızın en yakıcı problemlerinden biri" tabiriyle, anayasal hakların çatışması örneği olarak kabul edilir. *Ibid.*, 134. Bethge'nin eleştirdiği bu örneğe "en yakıcı problemlerden biri" şeklinde yer veren yazar Lepa'dır. Lepa, "Grundrechtskonflikte", 166. Ancak Lepa çalışmasında bu konuyu daha fazla açmamış, yalnızca bu örneğin de çatışma örneği olduğunu belirtmiştir.

¹⁶⁴ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 135.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ "Performans devleti", devlet anlayışının dönüşümünü yansıtır. Altvater ve Hoffmann'ın aktardıklarına göre, geç kapitalizm hayatın tüm alanlarında politik meşruiyet sorununu politik-yönetim sistemi ile değiştirir. Devlet yönetim kaynaklarını, "krizleri bertaraf etmek, ekonomik istikrar kazanmak, askeri güvenliği sağlamak, dış işlerini yoluna koymak ve kitlelerin bağlılığını düzenlemek için kullanır." Burada "performans devleti" (*Leistungsstaat*) devreye girer. Elmar Altvater ve Jürgen Hoffmann, "Batı Almanya'da Devlet Türetme Tartışması: Marksist Devlet Teorisi Sorunu Olarak Ekonomi ve Politika İlişkisi", içinde *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*, çev. Ertunç Aras Ergüneş, ed. Taner Yelkenci (Notabene, 2013), 311

¹⁶⁷ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 135.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 135-136.

tespit edip eleştirdiği hususlardır. Bu iki yapay çatışma hallerinden, gerek ilkinde örnek verilebilecek üniversitelerde katılım¹⁶⁹, gerekse sosyal katılım ve faydalanma iddiaları bulanık bir terminolojiye sahiptirler. Ayrıca ayrıntılı bir tartışmayı imkansız kılmaktadırlar, zira burada bir sınır koymak da zordur¹⁷⁰.

Bethge'nin 1977 yılında dikkat çektiği hususlar, bugün de anayasal hakların çatışması bağlamında geçerliliğini sürdürmektedir. Örneğin, gerek Zucca gerek Heissl çalışmalarında aynı meseleye dikkat çekmektedirler. Zucca'ya göre gerçek çatışmanın karşısı olarak yapay çatışmalar, ilk görüşte çatışma gibi görünmekle beraber yakından incelendiklerinde, ya haklarla ilgili olmayan yahut da farklı bir bakış açısıyla anayasal haklardan herhangi birine zarar verilmeden çözülebilecek sorunlardır¹⁷¹. Sınırlı kaynakların veya teknolojik gelişmenin sonucu olarak ortaya çıkan sorunlar yapay çatışmalardır. Her ne kadar kıt kaynaklar kimi gerçek çatışmaları daha görünür kılsa da, gerçek çatışmalar kıt kaynaklardan ve diğer dış etmenlerden bağımsız olarak oluşur¹⁷².

Anayasal hakların kullanım özgürlüğünün, çok sayıda anayasal hak sahibi tarafından fiilen daraltılması, bizim çalışmamız anlamında “çatışma” olarak adlandırılmaz. Bu sadece adaleti dağıtma, yani eşitliği sağlama sorunudur¹⁷³. Çalışmamız anlamında hak çatışması, dağıtım meselesi değildir. Örneğin, eğitime mi yoksa sağlığa mı harcama yapılacağı hakların çatışması değil, politik bir seçim meselesidir¹⁷⁴. Eşitliğe dair meseleler olan verginin yeniden dağıtılması veya pozitif ayrımcılık eylemleri, yapay çatışma örnekleridir. Burada kolektif bir amaçtan bahsetmek, bizi geniş anlamda bir çatışmaya götürecektir¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Bkz. bu çalışma dp. 163.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 136. Bununla beraber Bethge, çalışmasının kayda değer bir kısmını görünüşte çatışma tartışmasına ayırmıştır. *Ibid.*, 133-213.

¹⁷¹ Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 5.

¹⁷² Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 25-26; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 51-52.

¹⁷³ Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55.

¹⁷⁴ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 26. Yapay çatışma olarak adlandırdığımız bu duruma Turhan'ın verdiği örneği gösterirsek; işe alınmada kadınların mı erkeklerin mi tercih edilmesi gerektiğine dair bir sorun yapay çatışma örneğidir. Turhan, “Hakların Çatışması”, 704.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 25; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 51.

Görünüşte çatışmalar; sosyal politika, sosyal adalet¹⁷⁶, sosyal devlet ilkesi¹⁷⁷ ve çoğu durumda program hak olarak kabul edilen sosyal hakların icra edilmesi hususu ile bağlantılıdır. Sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine yönelik hukuki tedbir ve araçlar, sosyal haklar ile gelir ve servet farklılıklarının azaltılmasına yönelik tedbirlerdir¹⁷⁸. Gelir ve servet farklılıklarına yönelik uyuşmazlıklar, örneğin vergilendirme hususu, yukarıda da belirttiğimiz gibi gerçek anayasal hak çatışmaları kategorisinin dışındadırlar.

Sosyal devlet¹⁷⁹ ilkesini yerine getirme araçlarından biri olan sosyal haklar ise toplumun özellikle sosyal eşitsizliklerden ve yoksunluklardan mağdur olan kesimini ilgilendirmektedir¹⁸⁰. Sosyal haklar, anayasalarda güvence altına alınmış olmalarına rağmen, kural olarak, kişilerin dava yoluyla talep edebilecekleri¹⁸¹ subjektif kamu

¹⁷⁶ Gören'e göre, “sosyal adalet’ paylaşırma ilkesidir”. Sınırlı toplumsal değerlerin (toprak, su, enerji, öğrenci kontejanları ve işyerleri) dengeli bir şekilde dağıtımıyla sosyal adalet sağlanabilir (Zafer Gören, *Sosyal Devlet*, 16, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Z.Goren1.pdf> (erişim tarihi: 7.5.2020). Bu da, yukarıda anayasal hakların çatışması dışında tuttuğumuz bu meseleleri, neden sosyal adaletle ilişkilendirdiğimizi gösterir.

¹⁷⁷ Gören’in “Sosyal Devlet” adlı eserinde (Gören, *Sosyal Devlet*) ortaya konduğu üzere, “sosyal devlet” aktif devlet olmayı, vatandaşlar arasında eşitliği sağlamayı ve hatta gerektiğinde pozitif ayrımcılık yapmayı, bazı sosyal hakların somut ifadesi olan malları (örneğin mülkiyet, iş imkanı veya üniversite kontenjanı gibi) dağıtmayı gerektirir. Dolayısıyla burada devlet hem belirleyen, hem de kişiler arasındaki bir eşitsizlik veya uyuşmazlık olduğunda da sorumlu olan konumundadır. Bu sorumluluğun devlete atfedilebilirliği, politik olarak tartışmasıdır. Hukukilik konusunda ise yukarıda belirttiğimiz gibi “program hakların” nitelikleri ve bunun getirdiği “belli çerçevelerde sorumlu olma” veya “sorumlu tutulamama” hususlarıyla karşılaşırız. Dağıtımdan yararlanan bir taraf varken, bu dağıtımdan yararlanamamış bir başka vatandaşın hakkını elde edememesinin nedeni, faydayı elde eden vatandaşın bu hakkını kullanması değil; devletin, bu dağıtımı fiili olarak sağlayamamasıdır. Burada dağıtımın sağlandığı kişi olmasaydı, diğerinin yararlanabilecek oluşuna dair bir argüman, gerçek anayasal hakların çatışmasında bir tarafın anayasal hakkı olmasaydı, karşı karşıya kalan diğer anayasal hakkın gerçekleştirilecek oluşuyla aynı şekilde görülemez.

¹⁷⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin, 2021), 218 vd.

¹⁷⁹ Sosyal devlet açıklaması için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2016), 140-142.

¹⁸⁰ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2016), 105. Ayrıca bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 224-225; Gören, *Sosyal Devlet*, 1-2.

¹⁸¹ Sosyal hakların “dava yoluyla takip edilememeleri”, Gören’in iddia ettiği gibi, bizim için kesinlikle sosyal hakların ciddiye alınmamasına dair bir gerekçe niteliğinde değildir. Bkz. Gören, *Sosyal Devlet*, 40. Kuşkusuz sosyal bir hukuk devleti olduğu anayasasında öngörülen bir devlet, bunun gereklerini yerine getirmelidir. Ayrıca devleti ve yasa koyucuyu bu alanda sorumluluk yüklemeye zorlamak hukuku zor olsa da, bu hakların hukuk kuralları olduğu gerçeğini değiştirmez. Devletin bu alanlarda yaptığı düzenlemelerin Anayasanın bu kurallarla belirlediği yönden sapması halinde, Anayasaya aykırılık iddia edilebilir. Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş* (Ankara: İmaj, 2012), 169-170. Bu normların “güçsüz normlar” veya “hukuksal bağlayıcılıktan yoksun ilkeler” olarak kabul edilmeyeceğini belirten Sancar’ın, Sabuncu ile benzer görüşleri için bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 211.

hakları¹⁸² değildir¹⁸³. Bu hakları düzenleyen anayasa hükümleri doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralları olmaktan öte, yasama organına siyasi nitelikte direktifler veya yetkiler veren “program hükümler” olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁴. Çalışma, konut, eğitim ve sağlık hakkı gibi sosyal hakların gerçekleştirilmesi için devlet, bu hakları hayata geçirecek olumlu edimlerde bulunmalıdır. Bu hakların talep edilebilmesi, başka bir deyişle, dava ile takip edilebilmesi için yasama organının o alanda kanuni düzenleme yapmış olması gerekmektedir¹⁸⁵. Dolayısıyla sosyal haklar, bir dağıtım meselesi olarak karşı karşıya geldiklerinde, birinin geçerliliğinin diğerinin geçerliliğini ortadan kaldıracak şekilde iddia edilebildiği bir hukuki uyumsuzluk ortaya çıkmaz¹⁸⁶.

Yukarıdaki açıklamamızla bağlantılı olarak yapay çatışmaların, fiili koşulların sonucunda ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Örneğin konut hakkı, Anayasamızın 57’nci maddesinde güvence altına alınmıştır¹⁸⁷. Sosyal hakların sınırı ise Anayasamızın 65’inci maddesinde çizilmiştir¹⁸⁸. Bu maddenin de vurgusuyla “ülkemizde sosyal devletin ne ölçüde ve hangi araçlarla gerçekleştirileceğinin takdiri siyasi iktidara kalmış bir sorun”¹⁸⁹

¹⁸² “Sübjektif haklar olarak temel haklar, kural olarak hak sahiplerine yükümlü olandan bir şeyi yapmama, olabirlik ölçüsünde bir şeyi yapma veya bir şeye katlanmayı isteme erki verirler.” Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (Ankara: Yetkin, 2022), 71. “Klasik kamu hukuku teorisine göre temel hak ve özgürlükler olsa olsa kişileri devlete karşı koruyan sübjektif kamu hakkı niteliğini taşıyabilirler.” *Ibid.*, 93.

¹⁸³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 154.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 154. Tanör, sosyal haklardan “program-kurallar” olarak bahseder. Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (İstanbul: May. Yay., 1978), 360. Ayrıca Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 210. Bu görüşe karşıt görüş için bkz. Gören, *Sosyal Devlet*, 41. Gören’e göre, Türk hukuku açısından konuşacak olursak, Anayasamızın 11’inci maddesi göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa kuralları haklara saygı gösterilmesini ve tüm tedbirlerde hakların göz önünde tutulmasını gerektirir. *Ibid.* Yazara göre ne anayasada soyut olarak öngörülüp kanunda düzenlenmediği gerekçesiyle, ne de mali gerekçelerle sosyal hakların dava yoluyla ileri sürülemezliği temellenemez. *Ibid.*

¹⁸⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 220; Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 360; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 210.

¹⁸⁶ Homojen bir yapı göstermeyen sosyal haklar katoloğündeki tüm hakların “program hüküm” şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Örneğin sendikal haklar, grev hakkı, angarya yasağı, ücretli tatil hakkı vs. gibi sosyal haklar, klasik haklarla benzer hukuksal etki doğururlar. Başka bir ifadeyle, öznesi, konusu ve yükümlüsü belli olmanın ötesinde kendiliklerinden uygulanabilir haklardır. Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 232; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 210. Nitekim bu haklar, birçok gerçek anayasal hak çatışması örneğinde çatışan haklardan biri olabilir.

¹⁸⁷ Anayasa m. 57: “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.”

¹⁸⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 162. 1982 Anayasamızın 65’inci maddesine göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmektedir.” Sosyal hakların bir kısmı, örneğin sendika, grev hakkı, devlete sadece pasif durma ödevi yüklemektedir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 191.

¹⁸⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 221. Türk Anayasa Mahkemesi, Devletin sosyal edimlerini yerine getirme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 191.

olduğu söylenebilir. Anayasanın 57’nci maddesi, devlete bireylerin konut ihtiyacını karşılayıcı önlemler alma görevini ve bu görevi kötü kentleşmeye neden olmadan, çevre koşullarını da hesaba katarak yerine getirmeyi yüklemektedir. Ancak konut, karşılanması pahalı bir ihtiyaç olarak devletçe yerine getirilmesi mali kaynaklar ile sıkı sıkıya bağlantılı bir husustur. Anayasanın 65’inci maddesi çerçevesinde konut hakkı, devlete bireye konut sağlamasını değil; yalnızca kişilerin konut sahibi olabilmeleri için kolaylaştırıcı önlemler alma yükümlülüğünü yüklemektedir¹⁹⁰.

Örneğin, görevlerinden biri “yurt içi ve yurt dışında doğrudan veya iştirakleri aracılığıyla proje geliştirmek; konut, altyapı ve sosyal donatı uygulamaları yapmak veya yaptırmak”¹⁹¹ olan TOKİ, kimi projelerinde hak sahipliğini kura ile belirlemektedir. Burada kurada çıkmayan vatandaşın, kurada çıkan vatandaşın anayasal hakkı ile çatışan bir hak iddia etmesi söz konusu değildir. Devletin burada eşitliği sağlamaması normatif bir sebepten değil; fiili bir sebepten kaynaklanır. Konu, dağıtım meselesiyle ve sosyal hakların dava edilebilir olan sübjektif haklar olmaması niteliğiyle bağlantılıdır.

Gerçek çatışmalar ancak anayasal olarak güvence altına alınmış, dava edilebilir sübjektif hakların karşı karşıya gelip, birbirlerini sınırlaması durumunda ortaya çıkar. Bunun dışında kalan çatışmalar, en azından bizim çalışmamız açısından, anayasal hak çatışmaları kapsamında değerlendirilemez. Anayasal hak çatışmaları ve dolayısıyla çatışmalardaki üç kutuplu ilişki, kişinin, üçüncü tarafların anayasal hak iddialarını etkileyecek şekilde anayasal hakkını kullanmasıyla ortaya çıkar. Bu da onu, yapay çatışmalardan ayırır¹⁹². Nihayetinde çatışan şey, iki anayasal hak sahibinin sübjektif haklarıdır. Bu da bir hak sahibinin dava edilebilir bir hakkı öne sürmesi ve bu hakkın aynı zamanda başkasının anayasal hakkını etkilemesiyle mümkündür¹⁹³.

Heissl da gerçek çatışma oluşturmeyen örneklere, çatışmanın bir unsuru olarak “anayasal olarak güvence altına alınmış mevcut haklar” altında değinmektedir. Yazar

¹⁹⁰ Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara, Seçkin, 2007), 268-269.

¹⁹¹ <https://www.toki.gov.tr/kurulus-ve-tarihce> (erişim tarihi: 05.05.2020).

¹⁹² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 30 (dp. 137). Zakariás, gerçek anayasal hak çatışmasını, “temel korunma hakkının, koruma görevini tetikleyen hak sahibinin savunma hakkı ile çatıştığı” durumlar olarak tanımlar. Kinga Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtswirkung im Privatrecht”, *Iustum Aequum Salutare* V, no. 4 (2009), 53, <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20094sz/07.pdf>.

¹⁹³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 11. Ayrıntılar için bkz. *Ibid.*, 9-10.

güvence altına alınmış hakları, etkilenenlerin iddialarının varlığına bağlamaktadır. Devlet, örneğin hibeler verirken veya eğitim yerleri sağlarken anayasal haklarla bağlıdır, ancak bu tür iddiaların¹⁹⁴ bulunmaması nedeniyle giriş sınavlarında öğrenciler arasında anayasal hakların çatışmasından söz edilemez¹⁹⁵. Burada iddia etme, yukarıda bahsettiğimiz dava edilebilirlik kriterine denk gelmektedir¹⁹⁶.

Heissl'in "iddia edilebilirlik" dediği, bizim "dava edilebilirlik" olarak yansıttığımız nitelikleri sosyal haklara atfeden yazarların, anayasal hak çatışmaları için önerilen çözümleri sosyal haklar için önermeleri tesadüf değildir. Örneğin Zafer Gören'e göre, devlet, herkese tanınan (sosyal haklar dahil) anayasal hakların kullanılabilmesi için gerçek koşulları oluşturmak zorundadır. Devletin bu yükümlülüğünden, devletin kendi eylemi ile bireyin anayasal haklarca korunan hukuksal değerlere ulaşabilmesini sağlamakla yükümlü olup olmadığı sorusu doğmaktadır¹⁹⁷. Gören bu konuda, anayasal hak çatışmasını ele alınırken kullanılan kavramlarla sorunu ortaya koymaktadır. Buna göre, devlet tüm menfaatleri denkleştirmek için çaba göstermelidir. Anayasal hak pozisyonlarının birbiriyle çatıştığı durumlarda ise korunan tüm menfaatlerin uyumlu bir hale getirilmesi için bir yol aramalıdır¹⁹⁸ ki bu pratik uyuşuma karşılık gelir.

Gören, gerçek anayasal hak çatışmaları için önerilen çözüm formülünü (pratik uyuşum) sosyal hakların yerine getirilmesi bağlamında değerlendirmektedir. Ancak yazarın verdiği örneği incelediğimizde, bizim gerçek ve görünüşte anayasal hak çatışmaları ayırımını yapmamızın ve görünüşte çatışmaları çalışmamızın kapsamı dışında tutmamızın haklılığı ortaya çıkmaktadır. Yazara göre, "bir temel hakkın kullanılması, diğer bir temel hakkı zedeliyorsa hangi temel hakka genel olarak veya münferit bir durumda öncelik tanınacağına karar vermek gereklidir"¹⁹⁹. Buna göre, sosyal haklar bağlamındaki böyle uyuşmazlıklar hukuksal araçlarla çözülebilir. Örneğin, yüksekokula yerleştirilme konusunda yeterli kontenjan olmaması durumunda devlet, Anayasanın

¹⁹⁴ Heissl'in, "bu tür iddialar" ile kastettiği, aslında Bethge'nin "özgürlük hakkı" (*Freiheitskraft*) açıklamasına denk gelir.

¹⁹⁵ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 31-32.

¹⁹⁶ Nitekim Heissl'a göre, ancak anayasal haktan çıkartılabilen bir hareket etme ödevi (*Handlungspflicht*) mevcut olduğunda, anayasal hakların çatışması söz konusu olabilir. *Ibid.*, 32. Anayasal hakların çatışması ile devletin pozitif yükümlülükleri arasındaki ilişkiye, çalışmamızın devamında değineceğiz.

¹⁹⁷ Gören, *Sosyal Devlet*, 37.

¹⁹⁸ *Ibid.*.

¹⁹⁹ *Ibid.*, 38.

10'uncu ve 42'nci maddelerinden ötürü her aday için gerçek ve eşdeğerli bir fırsat sağlamak zorundadır²⁰⁰. Ancak yazar, tüm kontenjan dolduktan sonra mevcut aday sayısı kadar kontenjan yaratmak için sınırlı parasal kaynakların yükseköğrenime mi, yoksa mesleki öğrenime mi aktarılacağı konusunda alınacak bir kararın Anayasadan çıkarılamayacağını kabul etmektedir²⁰¹. Keza yazar, her ne kadar sosyal devletin görevi sosyal farklılığı dengelemek olsa da, Anayasada bu yöndeki ödevlerden hangisine öncelik tanınacağı konusunun sosyal devlet ilkesinden doğrudan çıkarılamayacağını da eklemektedir²⁰². Dolayısıyla bizim yapay çatışma kategorisinde değerlendireceğimiz bu örnekten de anlaşılacağı üzere, sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet ilkeleri gereği devletlerin, sosyal hakların gerçekleştirilmesi ve eşitsizliklerin giderilmesi için gereken olumlu edimleri yerine getirmemeleri nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlıklar ve sorunlar, gerçek anayasal hak çatışmalarının dışında kalır.

D. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI SORUNUNUN İLGİLİ DİĞER ANAYASA HUKUKU SORUNLARINDAN AYRILMASI

Anayasal hakların çatışması, uzun bir dönem boyunca kendi başına bir anayasa hukuku konusu olarak ele alınmayıp, genellikle bazı komşu problemlerle karıştırılmış, bunlarla ilişkili olarak ele alınmıştır²⁰³. Biz anayasal hakların çatışması konusunun sınırlarını ve çerçevesini çizmek amacıyla bu ilişkili konuların neler olduğunu göreceğiz.

Kimi zaman bir kavramı tanımlamanın en iyi yolu, bu kavramın ne olmadığını ve bir konunun kapsamını belirlemenin en iyi yolu, konunun dışında kalanları tespit etmekten geçer. Bu nedenle, bu çalışmanın kayda değer bir kısmını, anayasal hak çatışmasını oluşturmayan meselelere ayırmamızın makul karşılanacağını umuyoruz.

1. Anayasal Hak Çatışmaları ile Anayasal Hakların Kötüye Kullanılması Yasağı Arasındaki İlişki

Anayasal hakların çatışması sorunu, kimi zaman hakkın kötüye kullanımı yasağı (*Grundrechtmissbrauch*) perspektifinden değerlendirilebilmektedir. Ancak hakkın kötüye kullanımı, anayasal hakların çatışması için kesinlikle yeterli bir kuramsal çerçeve

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 33.

oluşturmaz. Bu ifademizin altını doldurmak amacıyla bu ikisi arasındaki ilişkiyi aşağıda ele almaya değer gördük.

Hakkın kötüye kullanımı, hak sahibinin kötü niyetle hareket edip hakkını olağan amacının dışında, başka bir amaçla kullanmasıdır²⁰⁴. Kötüye kullanma yasağı, ilgili kullanımın, hak ve özgürlüğü düzenleyen hukuk kurallarının sınırlı norm alanlarının kapsamının dışında kalmasıyla ortaya çıkmaktadır²⁰⁵. Hakkın kötüye kullanılması yasağının, hukuk düzenlerinde pozitif temelleri vardır. Bununla beraber, böyle bir temel olmasaydı dahi, eşyanın tabiatından bu yasak çıkarılabilirdi. Zira hukuk düzeni, hakkın kötüye kullanımını korumaz²⁰⁶.

Kökene özel hukukta olan hakkın kötüye kullanımı yasağı²⁰⁷, anayasa hukukunda da kendine yer bulmuştur. Peki, anayasal hakkın kötüye kullanımı yasağı ile anayasal hakların çatışması arasındaki bağlantı nedir? Bu soruya, önce Alman anayasa hukukundan yola çıkarak cevap arayalım.

a. Alman Anayasa Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı

Federal Alman Anayasasının (GG) 18'inci maddesi²⁰⁸, bu maddede belirtilen haklarını liberal demokratik temel düzene (*freiheitlichen demokratischen Grundordnung*) karşı mücadele amacıyla kötüye kullanan kişinin, hakkının kaybettirilmesini

²⁰⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 303.

²⁰⁵ *Ibid.*, 310. Kötüye kullanılması durumunda bir hakkın varlığının söz konusu olmaması nedeniyle "hakkın kötüye kullanılması" kavramının kendi içinde çelişkili olmasına dair; Marcel Planiol'dan (Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 9. Baskı, 1922-1924, c.II, s.287) aktaran *Ibid.*, 310. Temel hakların doğaları gereği kötüye kullanımla sınırlı olduklarına dair bkz. Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 97.

²⁰⁶ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 97; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 304. Böyle bir kullanımın mevcut olup olmadığı konusunda tereddütün olması halinde ise, hakkın kötüye kullanılmadığının kabulü gerekir. *Ibid.*, 308.

²⁰⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 303. Bu öğretinin kökeni Roma hukukunda olup günümüzde medeni hukuk dogmatikini oluşturur. Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 68.

²⁰⁸ Alman Anayasası m. 18: "Düşünceleri açıklama özgürlüğünü, özellikle basın özgürlüğünü (madde 5, fıkra 1), eğitim özgürlüğünü (madde 5 fıkra 3), toplanma özgürlüğünü (madde 8), birleşme özgürlüğünü (madde 9), mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğini (madde 10), mülkiyet hakkını (madde 14) veya sığınma hakkını (madde 16a), özgür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla kötüye kullanan kimsenin, işbu temel hakları kaybettirilir. Hakkın kaybettirilmesine ve bunun kapsamına Federal Anayasa Mahkemesi karar verir."

öngörmektedir²⁰⁹. Ancak bu maddede neyin kötüye kullanma olduğu²¹⁰ ve liberal demokratik temel düzenin içeriğinin ne olduğu açıklanmış değildir. Dolayısıyla şu sorular ortaya çıkmaktadır: Bir anayasal hakkın kötüye kullanımı, sadece liberal demokratik temel düzene karşı mücadelede mi geçerlidir; yoksa özellikle anayasal değerler olmak üzere diğer hakların koruduğu menfaatleri tehlikeye sokan özgürlük kullanımlarında²¹¹ da kötüye kullanım var mıdır? Eğer öyleyse bunun sonuçları nelerdir?²¹²

Alman Anayasasının 18’inci maddesinin işlevi bağlamında çatışma ile kötüye kullanma arasında ayrımın yapılabilmesi için Anayasanın genel yapısı dikkate alınmaktadır. 1949 Bonn Anayasası, Weimar Cumhuriyeti anayasasının aksine, “militan demokrasi”yi (*streitbare Demokratie*) temsil etmektedir²¹³. Buna göre temel özgürlükler, etkilerini liberal anayasal bir devlette geliştirmeli, kendi temel pozisyonlarını ortadan kaldırmamalıdır²¹⁴. Dolayısıyla liberal demokratik temel düzene karşı her davranışta, Anayasanın 18’inci maddesinde öngörölmüş olan kötüye kullanmanın şartları gerçekleşir. Buradaki kıstas, davranışın yönüdür²¹⁵; hak sahibi, anayasal hakkını liberal demokratik temel düzene karşı kullanıyorsa, kötüye kullanma vardır²¹⁶. Liberal demokratik temel düzenin ilkeleriyle istenmeden, niyetlenmeden ortaya çıkan bir çatışma ise kötüye kullanma olarak kabul edilemez²¹⁷.

Liberal, demokratik yapıyı bir bütün olarak tehlikeye atmaksızın, anayasal olarak güvence altına alınmış bireysel menfaatlere (buna üçüncü kişilerin anayasal hakları da dahil) karşı özgürlüklerin kullanılması ise yukarıdaki kategoriden ayrıdır. Burada, somut

²⁰⁹ Liberal demokratik temel düzen kavramı için bkz. BVerfGE 2, 1 (12) (*SRP-Verbot*). GG madde 18’de belirtilen haklardan olmayan bir başka anayasal hakkın da liberal demokratik temel düzene bilinçli bir saldırı içeren kullanımı, hakkın kötüye kullanımına yol açar. 18’inci maddede öngörölen hakkın kaybettirilmesi yaptırım uygulanmaz, ancak koruma reddedilir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 13. Bu durum anayasal hakların kötüye kullanımının pozitif bir temel gerektirmemesinin getirdiği bir sonuçtur.

²¹⁰ *Ibid.*, 11.

²¹¹ *Ibid.*, 12.

²¹² *Ibid.*.

²¹³ *Ibid.*, 12; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 298 (para. 715). Aynı yönde Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 311.

²¹⁴ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 12.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 12.

²¹⁷ *Ibid.*, 13.

davada iddia edilen hakkın geçersizliğine yol açacak olan “kötüye kullanımın” olup olmadığı tartışmalıdır²¹⁸.

Kötüye kullanmayı çatışma durumlarından ayırmanın kriteri, her bir özgürlük güvencesinin anlamı ve amacıdır²¹⁹. Anayasal hakların uygulaması, anayasal statüye sahip toplumsal menfaatleri tehdit ettiğinde, kötüye kullanma problemi ortaya çıkar. Fakat anayasal hakların çatışması ortaya çıkmaz. Bu alanın dışında kalan anayasal hak çatışmaları, tehlike altında olan anayasal menfaatler bireysel nitelikte olduğunda ortaya çıkar²²⁰. Biz gerçek-sahte anayasal hak çatışmaları ayırımını yapıp, hak çatışmalarını (en az) iki anayasal hakkın çatışmasıyla sınırlamıştık. Dolayısıyla toplumsal menfaatler söz konusu olduğunda, gerçek anayasal hak çatışması ortaya çıkmayacaktır. Ancak anayasal hakların mevcudiyeti halinde çatışma ortaya çıkabilir. Bu nedenle bizi ilgilendiren, bir anayasal hakkın başka bir anayasal hak karşısındaki kötüye kullanımının, çatışma ile ilişkisidir.

Anayasal hakların kullanımında eğer uyumsuzluk hiçbir ilgili anayasal hak sahibine zarar vermeyi amaçlamıyorsa, zaten ortada bir kötüye kullanım yoktur²²¹. Zira burada, yukarıda değindiğimiz kötü niyet, yani sübjektif bileşen eksik demektir²²². Anayasal haklar, üçüncü kişilerin bireysel alanlarının ihlalini haklılaştırmak için bilinçli şekilde ve istenerek kullanıldığında ise kötüye kullanma vardır. Bu bağlamda Blaesing’e göre, anayasal hak çatışması ve anayasal hakkın kötüye kullanımı özdeştir²²³. Bu durumu hem çatışma hem de kötüye kullanma ile özdeşleştiren yazar, açıklamalarını öncelikle, anayasal hakların da 18’inci madde kapsamına girdiği bilgisine dayandırır. Buna göre, soyut bir yapı olmayan liberal demokratik temel düzen, anayasaya özelliklerini veren somut hükümlerin toplamıdır²²⁴. Bu hükümlere, devlet yönetimine ve toplumsal menfaate ilişkin anayasal hükümler dışında, liberal unsurunu sağlayan anayasal hakların kendileri de dahildir²²⁵. Dolayısıyla bu tür ekstrem davalarda, yalnızca üçüncü kişilerin hak

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, 14.

²²⁴ *Ibid.*, 14. Ayrıca bkz. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 298 (para. 715).

²²⁵ BVerfGE 2, 1.

iddialarına değil, aynı zamanda soyut güvenceler olarak anayasal haklara da müdahale edildiği²²⁶ için 18'inci maddenin uygulanması düşünülmelidir²²⁷.

Üçüncü kişilerin sübjektif haklarının ihlali amaçlandığında, anayasal hak çatışmaları ile anayasal hakların kötüye kullanımı problemleri arasında ayırım yapmakta zorluklar çıkmaktadır. Burada aynı zamanda bir kötüye kullanım olup olmadığı, agresif şekilde kullanılan anayasal hakkın niteliğine bağlıdır²²⁸. Blaesing, bu noktada çok önemli bir hak kategorisinin doğasına değinmektedir. Yazar, mücadele karakterini (*kampfcharakter*), içkin unsur olarak zaten kendi içlerinde taşıyan anayasal hakların oluşturduğu kategoriye değinir²²⁹. Yazar bunlara, düşünce ve sanat özgürlüğünü (GG madde 5/1), toplanma özgürlüğünü ve özellikle sendika özgürlüğünü (GG madde 9/3) örnek vermektedir. Söz gelimi sendika hakkı, kendi doğası gereği sosyal partnerlerinin zararına olan müdahaleleri amaçlamaktadır²³⁰. Bu örnekte işveren aracılığıyla çalışma koşullarının iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu iyileştirme ise (GG madde 14/1'de korunan) işverenin haklarının daraltılmasıyla bağlantılıdır²³¹. Dolayısıyla bu etkinin amaçlanmamış veya istenmemiş olmasından söz edilemez. Aksine bu etki, sendikanın amaçlarının gerçekleştirilmesi için arzulanmaktadır. Bu nedenle, böyle bir anayasal hak uygulaması hakkın kötüye kullanımı değildir. Aksine, anayasanın kendisinden kaynaklanmaktadır²³².

Blaesing'e göre, bahsettiğimiz mücadele karakterinden yoksun anayasal hakların, kasıtlı bir şekilde amacı, karşıt anayasal hakka olumsuz bir müdahale olup çatışma

²²⁶ Soyut bir anayasal hak güvencesine (anayasal hak normu) saldırı olup olmadığı, yalnızca somut davada belirlenir. Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 14 (dp. 2).

²²⁷ Ön koşul elbette hakkın GG m. 18'deki sayılı anayasal haklardan biri olmasıdır. *Ibid.* (dp. 3).

²²⁸ *Ibid.* 15.

²²⁹ Blaesing'e göre *Kampfcharakter*; kötüye kullanıma dayanılarak karar verilen hükmün rasyonelitesine karşılık gelir. *Ibid.* Bkz. Karl August Betterman, *Grenzen der Grundrechte* (Berlin, New York: De Gruyter, 1976), 12.

²³⁰ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 15.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.* Blaesing'in verdiği sendika örneğine, hakkın doğasına ilişkin açıklamalarına ve bu açıklamaların yazarın verdiği diğer örnek olan toplanma özgürlüğünde de geçerli olacağına katılıyoruz. Bununla beraber, düşünce özgürlüğünün, açıkça böyle bir doğası olduğuna kuşku ile yaklaşıyoruz. Gerçekten çoğu durumda, bir uyumsuzluğa konu olan düşünce (ve basın açıklaması), karşı tarafın yine Anayasada korunan kişilik hakkına dair olumsuzluklar içerir. Ancak düşünce açıklamasının doğasından ötürü her düşünce açıklamasının bu olumsuzluğu kötüye kullanım olmadan içerdiğinin kabulü, mümkün değildir.

durumu ortaya çıkarsa²³³, klasik anlamda hakkın kötüye kullanımı var, demektir²³⁴. Ortaya şu genel sonuç çıkmaktadır: Çoğu durumda anayasal hakkın kötüye kullanımı ve anayasal hak çatışmaları birbirinden ayrılmaktadır. Çatışmalar, ancak üçüncü bir kişinin sübjektif özgürlük hakkının ihlali amaçlandığında ortaya çıkmaktadır. Yazar, bu durum için özel bir terim kullanmaktadır: “Sübjektif kötüye kullanma çatışması” (*sübjektive Missbrauchskollision*)²³⁵. Sübjektif kötüye kullanma çatışması, yazarın yukarıda kötüye kullanma ile çatışmayı özdeş gördüğünü belirttiğimiz duruma tekabül etmektedir. Ancak biz, anayasal hakkın kötüye kullanılması ile anayasal hakların çatışmasının aynı olayda, aynı anda vukuu bulamayacağı görüşündeyiz. Çünkü hakkın kötüye kullanımında, ilgili kullanım, hakkın koruma alanının dışında kalır ve dolayısıyla böyle bir hakkın söz konusu olmadığı tespit edilir²³⁶. Kötüye kullanımın zarar verdiği bir başka anayasal hak olsa da, kötüye kullanılan hakkın mevcudiyeti kabul edilmeyeceği için anayasal hakların çatışmasının unsurlarından biri olan, karşı karşıya duran *en az iki anayasal hakkın varlığı* şartı sağlanmamış olacaktır.

Açıkladığımız farka rağmen hakkın kötüye kullanımı yasağı teorisine, anayasal hak çatışmalarının çözüm yöntemi veya çatışmadan kaçınmanın bir yöntemi olarak yaklaşanlar olmuştur. Bu bağlamda, örneğin Federal Yüksek İdare Mahkemesi (FYİM), somut olaydaki mevcut hakları “agresif”/“saldıran” ve “zarar gören”/“tehlike altında olan” şeklinde ayırarak, tehlike altındaki anayasal hakka öncelik veren “tercih ilkesi”ne (*Vorzugsprinzip*)²³⁷ başvurmuştur. Bununla beraber bu yöntem, anayasal hakların çatışması gibi zor bir sorunu çözmekte işe yaramaz²³⁸.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ BVerfGE 12, 1 (4) (*Glaubensabwerbung*). Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 15.

²³⁵ *Ibid.*, 16.

²³⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 312.

²³⁷ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 94-95.

²³⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 16; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 95. Blaesing’in atıf yaptığı Knies, çalışmasında “tercih ilkesine”, “anayasaya içkin sınırlar” (*Grundrechts (verfassungs) immanente Schranken*) başlığı altında FYİM’nin “toplum klozu” bağlamında yer verir. Yazara göre, Yüksek İdare Mahkemesinin tüm temel hakların özüne dair, basmakalıp formülü şöyledir: “Anayasal haklar – başkalarının anayasal haklarını veya toplumun varlığı için gerekli hukuki menfaatleri tehlikeye atarsa kullanılamaz.” Zira her anayasal hak, içinde güvence altına alındığı bir devletli toplumun varlığını gerektirir. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 93-94. Knies’in eleştirdiği gibi, toplum klozu, başka bir anayasal hakkın tehlikeye atılması veya ihlal edilmesi durumunda, iddia edilen anayasal hakkın, her zaman “tehlike altında olan anayasal hakka” yol vermesine yol açar. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 94. FYİM’nin bu formülüne ilişkin açıklama ve eleştiriler için ayrıca Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 293 vd. Bu formüle Fazıl Sağlam da çalışmasında yer vermiş ve Mahkemenin bu düşüncüyü daha da ileri götürdüğünü, ancak temel hakları soyut bir

Hakkın kötüye kullanılması yasağında, hakkın kullanımı olağan amacının dışında, başka bir hakka zarar vermeyi amaçladığı için, burada “saldıran” ve “tehlikede olan” haklar ayrımının yapılması anlaşılabilir. Bu sonuç kavramsal bir netlik sağlama avantajına da sahiptir. Ancak yine de bu bakış açısı anayasal hak öznelerine ilişkin olduğu sürece, ki çatışmalarda durum böyledir, saldırı ve tehlike altında olan anayasal hakkı net bir şekilde ayırmanın imkansızlığını göz ardı etmektedir²³⁹.

Nitekim FYİM'nin toplum klozu (*Gemeinschaftsklausel*)²⁴⁰ kapsamında başvurduğu tercih ilkesi, anayasal hak çatışmasını, yalnızca karşıt anayasal haklardan hangisinin dikkate alındığına bağlı olarak, kesinlikle birbirine zıt bir şekilde çözmektedir. Böylece çatışma ortadan kaldırılmamakta, ancak sürekli kılınmaktadır²⁴¹. Örneğin A'nın sanat özgürlüğü ile B'nin mülkiyet hakkı arasındaki bir çatışmada; sanat özgürlüğü saldırı, mülkiyet hakkı ise tehlikede olan hak olabilir. Fakat tam tersi olarak; mülkiyet hakkı saldırıda bulunan, sanat özgürlüğü ise tehlikede olan hak olabilir. Başka bir ifadeyle, bu iki seçenek de iddia edilebilir. Bu rol dağılımı A'nın veya B'nin bakış açısına göre değişecektir²⁴².

Daha somut bir örnekten yola çıkalım. Gösteri hakkı ile seyahat özgürlüğünün çatışmasında, hangi hak “müdahale eden” ve hangisi “tehlikede olan” olacaktır? Böyle bir durum Federal Yüksek İdare Mahkemesinin çatışma kuralı yardımıyla çözülmeye çalışılırsa, hem gösteri hakkının hem de seyahat özgürlüğünün önceliğinin iddia edilebileceği paradoksal sonuç ortaya çıkar²⁴³. Bu nedenle FYİM'nin formülü mantıklı sonuçlar üretmez. Üstelik bu formül, tutarlı bir karar verme modeli sağlamadığı için genellikle ek argümanları ve ilkelere dayanmayı gerektirir²⁴⁴. Hakkın kötüye kullanımı

kamu yararı şartına bağlayan bu görüşün, çok fazla eleştiriye uğradığını ve yaygınlık kazanmadığını belirtmiştir. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 34-35.

²³⁹ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 94; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 16; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 100.

²⁴⁰ Çalışmamızın ikinci bölümünde, toplum klozunun içkin sınır olarak ele alınmasını ayrıntılarıyla ele alacağız.

²⁴¹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 16; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*. Ayrıca bkz. Hans-Ullrich Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten* (Berlin: Duncker & Humblot, 1967), 55.

²⁴² Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 95; Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 55. Elbette Mahkeme bir hakka, tehlikede olan sıfatıyla öncelik verdiğinde, bir karar vermiş ve çatışmayı noktalandırmış olur. Ancak burada, tek taraflı bir perspektiften bakılarak iki tarafı tatmin eden bir çözüme ulaşılmaması ve çatışmanın çözülmemesi, aksine sürdürülmesi kastedilir.

²⁴³ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 100.

²⁴⁴ *Ibid.*

ile anayasal hak çatışmalarının özdeş kabul edildiği özel durumlarda, kötüye kullanım öğretisinin geleneksel araçları bundan ötürü işe yaramayacaktır. Öyleyse yanlış sonuçlara yol açan bu araçların, çatışma kuralları tarafından dışlanması gerekmektedir²⁴⁵.

Anayasal hakkın kötüye kullanımı ile anayasal hakların çatışması arasında bir kesişim mevcuttur²⁴⁶. Şöyle ki her ikisinde de “müdahale”den bahsedilebilir²⁴⁷. Ancak, anayasal hakların çatışmasını çözen normlar için “müdahale”, yalnızca her bir uyumsuzluğun bir müdahaleyi nasıl yarattığını anlamak için kullanılmaktadır²⁴⁸. Çatışma çözen normlar müdahale ile ilgilidir, fakat hakkın kötüye kullanımından ayrılır. Burada belirleyici kriter şudur: Çatışmada, çatışan güçler birbirlerine “müdahale” eder ve bu nedenle bir uzlaştırmayı gerektirir. Fakat bu, anayasal hak sahiplerinin haklarını kötüye kullandıkları anlamına gelmez²⁴⁹. Başkalarının hak alanına bu tür müdahalelerin hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmesi yanlış olacaktır²⁵⁰. Bunlar, sadece anayasal hakların çatışması altında değerlendirilebilir²⁵¹.

Hakkın kötüye kullanımı yasağında, sınırlara atıf yapan yetkilendirmeler (burada madde 18’deki kötüye kullanmaya karşı kloz), hakka müdahale etme gerekçeleri değildir. Aksine, haklarının dışında hareket edenleri, hakkın bu sınırlarına geri itmektir²⁵². Bir başka ifadeyle, rahatsızlık veren kişinin hakları sınırlanmamakta, aslında bu kişi en başından beri mevcut olan sınırlara geri döndürülmektedir²⁵³. Dolayısıyla bireyin özgürlüğü bu tür kötüye kullanım müdahalelerini kapsamamaktadır. Burada sınırlara yapılan referanslar, yalnızca içkin özgürlük sınırlarını bildirici tespitlerdir; hakkın kötüye kullanımının koruma alanının dışında kaldığını bildirirler. Kurucu sınırlamalar oluşturmazlar²⁵⁴. Oysa anayasal hakların çatışmasında, çatışan haklar önceden mevcut

²⁴⁵ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 16.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 132.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 13-14.

²⁵¹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 14.

²⁵² Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 117-118.

²⁵³ *Ibid.*, 119.

²⁵⁴ *Ibid.*

sınırlara gönderilmezler, daha ziyade sınırlar ilk kez yaratılır. Bu sınır çizildikten sonra, bu sınıra uyulmaması halinde hakkın kötüye kullanımından söz edilebilir²⁵⁵.

Federal Alman Anayasasının 18'inci maddesinin ikinci cümlesi gereği, kötüye kullanım nedeniyle hak kaybının gerçekleşmesi için FAYM'nin kurucu bir kararı gereklidir. FAYM'nin bu konudaki kararıyla ilgili kötüye kullanım, koruma alanı dışında kalmaktadır²⁵⁶. Mahkemenin içtihadına baktığımızda, Mahkemenin, yalnızca 1960 yılında verdiği bir kararında (*Glaubensabwerbung*), inanç özgürlüğünün (GG madde 4/1) yorumlanmasında, koruma alanı kapsamı düzeyinde anayasal hakkın kötüye kullanılmasını dışladığını görmekteyiz. Bu kararda Mahkeme, kanun kaydı ile bir yetkilendirme gerekmeksizin anayasal hakkın korumasını reddetmiştir. Mahkeme inanç özgürlüğünün, kişinin hem kendi inancını ilan etmeye hem de başkasını kendi inancından vazgeçirmeye kadar uzandığını kabul etmiştir. Ancak cezaevi sisteminin özel koşullarından yararlanarak, inancından ayrılması beklenen kişilere tütün sağlama gibi vaatlerde bulunulması, Anayasasının din, vicdan ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 4'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının korumasından yararlanamaz²⁵⁷. Dolayısıyla FAYM özgürlüğün kötüye kullanılmasını, başından beri koruma alanından dışlamıştır²⁵⁸. Fakat bu karar, hakkın kötüye kullanılmasının koruma alanına içkin genel bir sınır çizdiği tek karar olarak kalmış ve Stemmler'in aktardığına göre, FAYM tarafından daha sonra takip edilmemiştir. FAYM, Alman Anayasasının 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmış "mektup, posta ve telekomünikasyon gizliliği"ne dair 1992 yılındaki *Fangschaltungen*²⁵⁹ kararında, hakkın kötüye kullanımını yasağının, koruma alanına sınır çizmek için değil, ancak anayasal hakkı sınırlamak için bir gerekçe olduğunu belirtmiştir. Elbette bu gerekçe, hakkın kötüye kullanımının zaten koruma alanından dışlanması gerektiğine dair yukarıdaki açıklamalarımızla uyuşmamaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesi *Fangschaltungen* kararının gerekçesinde, Alman Anayasasının 10'uncu maddesine ilişkin "içkin sınırlamalar" (*immanente Schranken*) ve

²⁵⁵ Bu nedenle, Lerche'ye göre, burada, yalnızca çatışmayı çözen normlar tarafından netleştirilecek olan içkin sınırlar (*immanente Grenzen*) fikri ile çalışmak yanlıştır. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 132-133.

²⁵⁶ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 161.

²⁵⁷ BVerfGE 12, 1 (4-5). Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 109, 160.

²⁵⁸ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 109. Bkz. Bu çalışma dp. 691.

²⁵⁹ BVerfGE 85, 386 (*Fangschaltungen*). GG m. 10/1: "Mektup ile posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaz."

“içsel sınırlar” (*innere Begrenzungen*) yönündeki görüşlerin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, telekomünikasyon gizliliğinin içkin sınırları doktrini, postanenin ihtiyaçlarına ve dolayısıyla, vatandaşların korunma ihtiyacına değil, gerekli ve haklı gördükleri istismlarla mücadeleye yönelik devlet önlemlerine dayanır. Müdahalenin ise koruma alanı tanımında yeri yoktur. Hakların koruma alanı kapsamı müdahale ihtiyacına göre düzenlenemeyeceği için hakkın kötüye kullanılması olasılığı, anayasal haklara getirilen kısıtlamalar için haklı neden oluşturabilir; koruma alanı kapsamının çizilmesi için değil. Anayasal hakları koruma çalıştığı anlaşılan Mahkemeye göre, aksi takdirde ilgili anayasal hak bireyi postane veya diğer kurumların kişinin verilerini yanlış, suistimal edici veya aşırı şekilde kullanmasını koruyamayacaktır, zira anayasal hakkın koruma kapsamı dışında kalan bir iletişim verisi ihlale konu olamayacaktır²⁶⁰. Bize göre, Mahkemenin hakkın kötüye kullanımı öğretisine ters düşen bu görüş yerine, hakkın kötüye kullanımının çok istisnai durumlarla sınırlı olacağını ve ilgili iletişim verisinin kötüye kullanım olmadığını belirtmesi daha yerinde olabilirdi.

b. Türk Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı

Türk hukukunda hakkın kötüye kullanımı yasağı, Anayasanın 14’üncü maddesinde genel nitelikte bir yasaklama hükmü olarak pozitifleştirilmiştir²⁶¹. 14’üncü maddenin birinci fıkrasına göre, “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.” 14’üncü maddenin ikinci fıkrasına göre, “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.” Alman Anayasasından farklı olarak, Türk Anayasasında (14’üncü maddede) “anayasada yer alan hak ve hürriyetler” ifadesi açıkça yer aldığı için, kötüye kullanımın kapsamına, hak ve hürriyetlerin girip girmediğini tartışmaya gerek kalmamaktadır.

²⁶⁰ BVerfGE 85, 386 (397) (*Fangschaltungen*). Karara bu anlamda dikkat çeken Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 160.

²⁶¹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 26.

Gözler'e göre, Anayasanın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrası, muhatabının devlet olduğu bir yorum kuralıdır. Buna göre, anayasal hükümler, anayasal hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanmamalıdır²⁶². Hakkın kötüye kullanımı, 14'üncü maddenin ikinci fıkrasında açıkça, hem devlet yani devletin organları hem de kişiler için yasaklanmıştır. Anayasal hakkın asıl muhatabı devlettir. Bu nedenle hakkını iddia eden kişi bunu devletten talep edecektir, dolayısıyla hakkın kötüye kullanımının tespitine karar verecek olan da devlettir (hakimlerdir²⁶³).

Türk hukukunda hakkın kötüye kullanımı, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilişkili olarak ele alındığı için "sınırlandırma"²⁶⁴ kavramına değinelim. Sınırlandırma, bir düzenleme ile temel hak ve özgürlüklerin güvence altına aldığı "norm alanının" daraltılmasıdır²⁶⁵. Anayasal hakların kötüye kullanımı klozu, hak ve özgürlüklerin sınırlandırma sebebi olarak görülmemektedir²⁶⁶. Doktrinde, hak ve özgürlükler için herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olsa dahi bunların kendi doğalarından ve niteliklerinden kaynaklanan sınırlarının olduğu; bir hakkın ancak kendi doğasından kaynaklanan sınırlar içinde var olup korunabileceği, dolayısıyla Anayasanın 14'üncü maddesi olmaksızın da bu objektif (nesnel) sınırları aşan bir hak ve özgürlüğün (uygulamasının) koruma görmeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, Anayasanın 14'üncü maddesindeki kısıtlamalar, temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırlarının

²⁶² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 320. Anayasa madde 14/1'de sayılan yasaklar ise, bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, sayılmasalarda dahi, eşyanın tabiatından kaynaklanan yasaklardır. *Ibid.* Türk Anayasasında bu maddeye atıf yapan iki madde (madde 24/2 ve 83/2) ve hakkın kötüye kullanılması yasağı konusundaki diğer özel hükümler için *Ibid.*, 322-324.

²⁶³ *Ibid.*, 310. Ayrıca Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 149. Hukukun genel ilkeleri demese de Gözler de, kötüye kullanma yasağının eşyanın tabiatından çıkarılabileceğini, kötüye kullanma fiilinin hukuka aykırı olduğunu ve ortada korunacak bir hakkın olmadığını, hakimin tespit edeceğini belirtir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 310.

²⁶⁴ 2001 yılındaki değişiklikten önce 14'üncü madde kimi yazarlarca, bütün temel hakların norm alanını, belirli kullanım biçimleri açısından daraltan genel bir yasaklama/sınırlama hükmü olarak kabul edilmiştir. Bkz. Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi* (İstanbul: Kazancı, 1992), 71. (Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 26).

²⁶⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 21-23; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 312. Sınırlama konusunu, ileride yeniden ayrı bir başlık altında ele alacağız. Bu nedenle tekrara düşmemek adına, şimdilik hakkın kötüye kullanımı hususu ile bağlı kalmayı tercih ediyoruz.

²⁶⁶ Hasan Vural, 14'üncü maddeyi anayasal sınırlılığın kaynaklarından biri olarak kabul eder. Vural, "Anayasada Din Özgürlüğü", 267.

dışındaki belli kullanım biçimlerini yasaklamaya yönelik hükümler olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yeni bir sınırlama nedeni taşımamaktadırlar²⁶⁷.

Fazıl Sağlam yukarıda açıkladığımız durumu, 14'üncü maddede temel hak ve özgürlüklerin özgül kullanım biçimlerini (ki nesnel sınırlılık teorisince bu biçimler normun koruma alanındadır) kapsadığına dair pozitif bir dayanak bulmanın mümkün olmadığı²⁶⁸ şeklinde ifade etmektedir. Gözler de hakkın kötüye kullanılması yasağı durumunda, hak ve hürriyetlerin alanında bir değişme olmayacağını vurgulamaktadır. Hangi tür kullanımın kötüye kullanım olduğunu belirlemeye dair yasal girişimler kurucu değil, ancak bildirici niteliktedir²⁶⁹. Sınırlama sebebi oluşturmasının aksine, “hakkın kötüye kullanılması” kurumu, temel hak ve özgürlüklerin devlet veya özel hukuk kişilerince ortadan kaldırılmasını engellemeyi amaçlayan ek bir güvencedir²⁷⁰.

Hakkın kötüye kullanımını yasağının Türk anayasa hukukundaki yerini açıkladıktan sonra, anayasal hakların çatışması ile ilişkisini ele alabiliriz. Öncelikle belirtelim ki bu konuya değinen çok fazla yazar yoktur. Hasan Vural'ın değineceğimiz argümanı, bu iki kurumu olumlu anlamda birbiriyle bağlantılandıran ana tezdır. Bu nedenle, onun argümanı üzerinden devam edebiliriz. Anayasal hakların kötüye kullanılmasını bir

²⁶⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 121-122; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 312-313. Mehmet Sağlam da, Anayasanın 14'üncü maddesinin bir genel sınırlama maddesi oluşturmadığını, hak ve özgürlüklerin nesnel kullanım alanlarını daraltıcı bir sınırlama yetkisi içermediğini savunur. Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 250. Burada Fazıl Sağlam'ın 1961 Anayasasının 1971 değişikliği ile hakkın kötüye kullanımını öngören 11'inci maddesine eklenen 3'üncü ve 4'üncü fıkralarına dair şu cümlesi bizce durumu çok güzel özetler: “Kısacası söz konusu fıkralar her halükârda temel hak ve özgürlüklerin koruma alanları dışında kalan belli kullanım biçimlerini hukukî disiplin altına almaya yönelik hükümler olup, yeni bir sınırlama boyutu getirmemektedir.” Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 135. Aynı yönde Münci Kapanı, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin, 2013), 132 vd. Bununla beraber belirtelim ki, 14'üncü maddenin ikinci fıkrasında “eylemler” kelimesi yerine “faaliyetler” kelimesinin tercih edilmesinin bir belirsizliğe yol açtığına iddialar söz konusudur. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 148. “Faaliyet”in “fiil” kökünden türemiş olması ve bundan ötürü arada bir fark olmadığı şeklinde, aksi yönde kabul edilebilecek bir görüş için Kemal Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı* 18, no. 1 (2002): 328. Karan da bu maddenin Anayasa'da öngörülen sınırlama rejiminin ötesinde sınırlaması amacıyla başvurulabilir olması riskine dikkat çeker. Karan, *İfade Özgürlüğü*, 156. Yazıcı ise, “maddenin yargı organlarına yalnızca bozucu ve ortadan kaldırıcı fiilleri değil bozmayı ve ortadan kaldırmayı amaçladığı varsayılan fiillere de yaptırım uygulama konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıdığı”na dikkat çeker. Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye, Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2009), 102, 104.

²⁶⁸ Fazıl Sağlam, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, *Bahri Savcı'ya Armağan* (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988), 439.

²⁶⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 312.

²⁷⁰ Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye*, 102.

anayasal sınırlılık²⁷¹ hükmü olarak değerlendiren Vural, bu yorum yasağının, temel hakların birbirleriyle “karşılaştığı” durumlarda kullanılabileceğini belirtmektedir²⁷². Buna göre bu karşılaşmada, “karşılaşan her bir hakka ilişkin anayasa hükmü, diğerinin anayasanın izin verdiğiinden öte sınırlanması sonucunu vermeyecek biçimde yorumlanmalıdır.” Yazara göre, bu yorumdan yola çıkılarak, bir temel hakkın anayasal sınırının, başka temel haklarla çizileceği kabul edilmelidir²⁷³. Karşılaşan haklardan hangisinin diğerini sınırladığının saptanması ve bu amaçla hakların birbiriyle tartımı gerekmektedir²⁷⁴.

Vural’ın yorumundan anladığımız, yazarın, iki anayasal haktan birinin, diğerini anayasanın izin verdiğiinden öte sınırlaması halinde, hakkın kötüye kullanılmasını ve hakların çatışmasının varlığını kabul ettiğidir. Vural’ın, karşılaşan haklardan hangisinin diğerini sınırladığının saptanması gerektiğini belirtmesi, bu karşılaşmada bir hakkı “zarar veren”, diğerini de “tehlike altında olan” hak olarak ayırmayı gerektirdiğini göstermektedir. Oysa hakların çatışmasında bu düşüncenin neden yanlış olduğunu yukarıda açıkladık. Anayasal hakların kötüye kullanılması, hakkın olağan amacının dışında başka bir niyetle kullanılmasıdır. Lerche’nin belirttiği gibi, müdahale eden olarak hak sahibi, bu sınırı aşmaya niyetlendiğinde bu sınıra çekilir. Sınır bellidir. Dolayısıyla hakkın olağan kullanımından çıkıp kötüye kullanım haline geçecek olan bu sınır, herhangi başka bir hakka bağlı olarak çekilebilecek bir sınır değildir²⁷⁵. Oysa hakların

²⁷¹ Sınırlılık, hakkın koruduğu alana dışarıdan girilerek bu alanın daraltılması şeklinde, dışarıdan bir müdahale değil, aksine bizzat o hak ve özgürlüğün kendisinden kaynaklanan bir dar olma halidir. Sınırlılık halinde hak alanında daralma olmaz. Yasamanın bu sınırları belirtmesi ise ancak beyan edici, açıklayıcı nitelik taşır. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 325. Vural’a göre, ne öğretisi ne de içtihat temel hakların anayasal sınırları sorunu konusunda, Anayasanın 14’üncü maddesinin ikinci fıkrasına başvurma yoluna değinmemiştir. Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 266-267.

²⁷² Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 267.

²⁷³ *Ibid.* Nitekim yazara göre bu yorum, özgürlüklerin sınırının, ancak başkalarının özgürlükleri olduğu ve bu sınırı yasanın çizeceğini öngören 1924 anayasasından beri Türk anayasa hukukuna yabancı değildir. *Ibid.* (dp. 54).

²⁷⁴ *Ibid.* Vural, burada, Alexy’nin temel hak kuramında yer alan, ilkeler ve kurallar modeli ile tartım formülünü işlevsel bulur.

²⁷⁵ Bizim burada reddettiğimiz görüş, anayasal bir hakkın sınırını, başka bir anayasal hakkın oluşturabileceği düşüncesi değildir. Bu düşüncüyü çalışmamızın ikinci bölümünde detaylıca ele alacağız. Tezimizin ana iddialarından biri, çatışan hakların birbirine sınır çizecekleridir. Ancak anayasal bir hakkın sınırının başka bir anayasal hak nedeniyle çizildiği, haliyle bir çatışmanın olduğu yerde, gerek tanım kısmında yer verdiğimiz gibi gerekse yine bu başlıkta hakların çatışmasında “müdahale”nin yerini belirtirken ifade ettiğimiz gibi, bir “karşılıklık” söz konusudur. Başka bir ifadeyle, bizim reddettiğimiz, hakkın kötüye kullanımı yasağını uygulamak için başvuru olan, olaydaki hakları “tehdit eden/saldıran” hak ile “tehdit edilen/tehlikede olan” hak olarak ayırma ve bu şekilde çözüm arama yöntemidir.

çatışmasında, hakların birbirine müdahalesi dikkate alınarak yeni bir sınır çekilmesi söz konusu olabilir. Bu sınır çekimi ise hakkın kötüye kullanılması yasağındaki gibi bildirici değil, aksine kurucu bir eylemdir.

c. Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı

Vural'ın Türk hukuku için hakkın kötüye kullanımı yasağına yaklaştığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki haklar bağlamında, hakkın kötüye kullanımına çatışma çözüm yöntemi, daha doğrusu çatışmadan kaçınma yöntemi olarak yaklaşanlar olmuştur. Örneğin Morondo Taramundi, hakkın kötüye kullanılması yasağı klozunun hak çatışmalarını çözmekte yardımcı olabileceğini iddia etmektedir²⁷⁶. Taramundi, AİHS'in belirlemecilik (*specificationism*)²⁷⁷ yaklaşımının bir argümanı olarak, Sözleşmenin 17'nci maddesindeki kötüye kullanım hükmüne dayanmaktadır²⁷⁸.

Belirlemeci yaklaşımı kısaca, hakların, koruma alanlarının birbiriyle çatışmayacak şekilde sınırlarının belirlenmesi, şeklinde tanımlayabiliriz²⁷⁹. Taramundi, AİHM kapsamında belirlemeyi, hakların çatışmasında bir hiyerarşi kurarak²⁸⁰ hak çatışmasını önleme yöntemine alternatif olarak ileri sürmektedir. Belirlemeciliğin özü, bir hakkın bir diğer hakla veya ahlaki değerlendirmeye çatışıyor görünmesi durumunda, bu gerilimin, hakkın kapsamının veya katılımının azaltılarak çözülmesidir²⁸¹.

²⁷⁶ Dolores Morondo Taramundi, "To Discriminate in order to Fight Discrimination: Paradox or Abuse?" içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 124. Smet, "Introduction—Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective", 19. Ancak Taramundi, hakkın kötüye kullanımı yasağı klozuyla çatışma çözümünü değil, çatışmadan kaçınmayı kasteder. Smet, burada "*resolving...conflicts*"ten yani "çatışmaları çözmek"ten söz eder. Fakat aynı zamanda yazar, Taramundi'nin, potansiyel paradokslardan kurtulmak için AİHS'in "17'nci maddesinin önleyici kullanımını" önerdiğini belirtir. Smet, "Introduction—Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective", 10. Bir başka deyişle, aslında burada çatışmayı çözmekten ziyade, bir çatışmanın varlığının tespitini önlemek, çatışmadan kaçınmak söz konusudur.

²⁷⁷ Kökü sarı bu kavramı "belirginleştirmecilik" şeklinde çevirmeyi tercih etmiştir. Kökü sarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 153. Ancak biz, bu çevirinin uygunluğundan emin değiliz. Tercih ettiğimiz kavram ve ayrıntılar için bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 33 (dp. 62).

²⁷⁸ Brems, "Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights", 247. AİHS m. 17: "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmesi olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."

²⁷⁹ Belirlemeci yaklaşıma dair daha fazla açıklama için bkz. "Mutlak hakka dair tartışmalar" başlığı.

²⁸⁰ Homoseksüellerin ayrımcılığa uğramamasının bir kolektif hak veya özel gizlilik kavramından gelen farklı yaşam stillerine dair bir hak, buna karşı dini özgürlüğün ise öncelikli olarak kabul edilmesi hiyerarşi kurmaya bir örnektir. Taramundi, "Paradox or Abuse?", 122.

²⁸¹ *Ibid.* Ayrıca bkz. Cariolou, "Circumnavigating the Conflict".

Dengelemeye veya ölçülülük ilkesine başvurularak bu sağlanabilir. Eğer belirlemeci yol takip edilirse, taraflar arasındaki uzlaşmazlık, haklar arasındaki bir çatışmaya yol açmaz. Taraflardan birinin iddiasının, aslında bu hakkın korunması alanına girmediği anlaşılır. Çünkü hakkın koruma alanı veya içeriği yeniden boyutlandırılıp şekillendirilir. Böylece karşıt iddialar arasındaki uyuşmazlık ortadan kaldırılır²⁸².

Taramundi'ye göre, kişi başkasının hakkını ihlal edecek bir hakkı ileri süremez. AİHS'in 17'nci maddesi dikkate alınarak, karşı karşıya olan haklardan biri, hakkın kötüye kullanımını olduğu gerekçesiyle geçersiz olarak nitelendirilebilir. Böylece *prima facie* çatışma görünen sınırlı sayıdaki durumlar nötralize edilebilir²⁸³; başka bir deyişle, gerçek bir çatışmanın mevcut olmadığı ortaya konabilir²⁸⁴. Taramundi makalesinde, AİHM'in iki kararını ele almaktadır: *Ladele (Eweida)* ve *McFarlane* davaları²⁸⁵.

Eweida başvurusuna konu olayda, görevli bayan Ladele, homoseksüel evlilikleri kaydetmeyi reddetmesi üzerine disiplin işlemlerine maruz kaldığı ve nihayetinde işini kaybettiği için hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. McFarlane ise *Relate* adında, çiftlere cinsel terapi sağlayan bir İngiliz organizasyonunda çalışırken, homoseksüel çiftlere bu hizmeti sağlamaktan kaçındığı için işten atılmıştır²⁸⁶. Taramundi bu iki davayı, ayrımcılık yasağı hukuku alanında, hakların çatışması olarak değerlendiren bazı argümanları ele alarak incelemektedir²⁸⁷. Her iki başvurucu, dini nedenle ayrımcılığa uğradıkları gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuşlardır. McFarlane, Sözleşmenin 14'üncü maddesi bağlamında yalnızca 9'uncu maddesinin (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ihlalini iddia etmişken; bayan Ladele, davasında Sözleşmenin 14'üncü maddesinin ihlal

²⁸² Taramundi, "Paradox or Abuse?", 122.

²⁸³ Morondo Taramundi bu kriteri *Ladele (Eweida)* kararına uygular. Buna göre din, homoseksüel bireylere yönelik ayrımcılığa karşı bir iddiaya temel olamaz. Brems, "Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights", 247.

²⁸⁴ Brems, "Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights", 247. Hatta Brems, bu kriterin istikrarlı şekilde uygulanabilseydi, kategorik hiyerarşi ile benzer bir sonuç verebileceğine dikkat çeker. Bu anlamda AİHS'in 9'uncu ve 10'uncu maddelerini içeren dışsal (*external*) çatışmalarda, buna dair iddialar *a priori* olarak reddedilebilirdi. *Ibid.* Tahminimizce Brems'in burada kastettiği, kötüye kullanımın tespit edildiği birçok karardan AİHM'nin bir kriterler silsilesi oluşturması ve bu kriterleri önüne gelen davada uygulayarak karar vermesidir.

²⁸⁵ Bu ikisi için AİHM, *Eweida and Others v. Birleşik Krallık*, B. No. 48420/ 10, 36516/ 10, 51671/ 10, ve 59842/ 10, 15.01.2013.

²⁸⁶ Taramundi, "Paradox or Abuse?", 112-113.

²⁸⁷ *Ibid.*, 113.

edildiğini ileri sürmüştür. Bu iddialardan ötürü, usulde ve yargılamada bir çatışmadan veya “yarışan haklar”dan bahsedilmiştir²⁸⁸.

Taramundi’ye göre, AİHM kararlarında bazen (*McFarlane*’de olduğu gibi) dava, din özgürlüğü ile cinsel yönelimden ötürü ayrımcılığa uğramama hakkı arasındaki veya (*Ladele*’de olduğu gibi)²⁸⁹, dini sebeplerle ayrımcılığa uğramama hakkı ile cinsel yönelimden ötürü ayrımcılığa uğramama hakkı arasındaki bir çatışma olarak görülmektedir²⁹⁰. Yazara göre, “hakların çatışması” şeklindeki yapılandırmalar, paradoksal olarak değerlendirilen (“ayrımcılıkla mücadele için ayırım yapmak zorundayız”) veya açmaz oluşturan (“ayrımcılığın her sebebi aynı zamanda eşit şekilde korunmaz”) sonuçlara yol açmaktadır²⁹¹. Homoseksüel bireyler için nikah veya terapi işlemlerini yapmayı kabul etmeme, AİHS tarafından korunan haklara zarar verir mi ve dolayısıyla, Sözleşmenin 17’nci maddesine binaen 9’uncu maddesinin korumasını hak eder mi, sorusunu sormalıyız²⁹². Dolayısıyla yazarın asıl sorduğu soru, nikah işlemi veya terapiyi yapmamanın, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğidir. Görünen o ki yazar, bu soruya olumlu yanıt verileceğini düşünmektedir.

Ladele davasında bayan Ladele, AİHM tarafından daha önce tanınmış, homoseksüel çiftlerin 8’inci maddede güvence altına alınan haklarını tanımama hakkının tanınmasını talep etmektedir²⁹³. Yani Sözleşmenin koruduğu hakka, vicdani bir karşı koyma talebi vardır²⁹⁴. Yazara göre, her ne kadar Mahkeme, Sözleşmenin 9’uncu

²⁸⁸ *Eweida and Others v. Birleşik Krallık*, para. 78. Taramundi, “Paradox or Abuse?”, 113. AİHS m. 9/1: “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.” AİHS m. 14: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

²⁸⁹ Smet de *Ladele v. Birleşik Krallık* başvurusunun sözde (dini ve cinsi temelli) ayrımcılığa uğramama hakları (*non-discrimination rights*) arasındaki bir çatışmayı gerektiren veya dini özgürlük ile (cinsiyet temelli) ayrımcılığa uğramama hakları arasında bir gerilimin göstergesi olarak nitelendirilebildiğine dikkat çeker. Smet, “Introduction—Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective”, 1.

²⁹⁰ Taramundi, “Paradox or Abuse?”, 113.

²⁹¹ *Ibid.*, 114.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Taramundi’ye göre bu husus, Ladele ile *McFarlane*’nin taleplerini, kürtaj veya ötenazi konusundaki vicdani itirazdan açıkça ayıran ve onları, örneğin, dinler arası veya ırklar arası evlilikleri kaydetmemek için varsayımsal bir niyete yaklaşır. *Ladele* başvurusunda, argüman olarak

maddesinin (veya 9 ile 14'üncü maddelerinin) vicdani itiraz hakkı sağlamadığını kabul etmişse de, bunun 17'nci maddeye binaen imkansız olduğunu söylememiştir²⁹⁵.

Teorik olarak hakkın kötüye kullanımına dair açıklamalarını kabul etsek bile Taramundi'nin verdiği örnekler, pratik anlamda eleştirilebilir. Örnek olarak AİHM'nin başka iki kararına bakalım. *Fernández Martínez*²⁹⁶ başvurusuna konu olayı özetlersek; İspanyol rahip başvuru 1984 yılında Vatikan'a evlenmeme yükümlülüğünden muafiyet için başvurmuş, fakat henüz bir yanıt almadan 1985 yılında evlenmiş ve çocuk sahibi olmuştur. 1991 yılından beri, bir lisede katolik inancını öğreten başvuru, aktif bir üyesi olduğu, rahiplerin "isteğe bağlı bekarlık hareketi" hakkında yazdığı bir makalede, kilisenin kürtaj, cinsellik, boşanma gibi konulardaki bakış açısıyla uyuşmadığını belirten açıklamalarda bulunmuş ve ailesiyle beraber çekilmiş bir fotoğrafını paylaşmıştır. Bu makaleden ötürü, başvuru 1997 yılında biten iş sözleşmesi yenilenmemiştir. Neticede başvuru, özel hayata saygı hakkının ihlali gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur²⁹⁷.

*Axel Springer*²⁹⁸ davasına konu olayı özetlersek; Axel Springer'in yayıncısı olduğu *Bild* dergisi, 2004 yılında Almanya'da tanınmış bir aktörün Münih'teki bir festivalde, üzerinde kokain bulunması üzerine tutuklanmasını haber yapmıştır. Haberde 1998'den beridir polisiye bir dizide oynayan bu aktörün 2000 yılında ertelenmiş hapis cezasına çarptırıldığı bilgisi ve başvuru fotoğrafı paylaşılmıştır. Aynı dergi 2005 yılında, bu defa aynı aktörün ikrarı üzerine uyuşturucu bulundurmaktan hüküm giydiğini yazmıştır. Bu haberler dolayısıyla Axel Springer'e para cezası kesilmesi ve bu kararların iç hukukta onaylanması üzerine Axel Spinger AİHM'ye başvurmuştur. Bu kararda söz

doktorlar için kürtaj konusundaki vicdani itiraz ile bir analogi kurulmuştur (*Eweida and others v. United Kingdom*, para. 72).

²⁹⁵ *Ibid.*, 124-125. Aslında Taramundi'nin varmak istediği nokta, belirlemeci stratejiyi izleyerek dini ilkelerden ilham alan, hatta dini ilkelerin gerektirdiği eylem ya da davranışları din özgürlüğünün koruma kapsamından çıkarmak, verilen hakların Sözleşme için reddedilmesine veya sınırlanmasına yol açmaktır. *Ibid.*, 123. Bu stratejiye vurgu yapan Smet, Taramundi'nin argümanının, en azından teorik olarak, diğer insan hakları için de uygulanabileceği görüşündedir. Smet, "Introduction—Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective", 10

²⁹⁶ ECtHR, *Fernández Martínez v. Spain*, App. no. 56030/07, 12 June 2014.

²⁹⁷ Neticede AİHM, ulusal devletin takdir yetkisini de göz önünde tutarak, Sözleşmeye bir aykırılık olmadığına kanaat getirmiştir.

²⁹⁸ AİHM, *Axel Springer AG v. Almanya*, B. No. 39954/08, 7.02.2012.

konusu olan, özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğünün (AİHS madde 10) çatışmasıdır²⁹⁹.

Bu kararlar temelinde Taramundi'nin hakkın kötüye kullanımına dair teorisinden yola çıkarsak; *Fernández Martínez* davasının, kötüye kullanma hükmüne dayanılarak çözüleceği iddia edilebilir. Bu kapsamda, kilisenin kişi gizliliğini (veya ifade özgürlüğünü) ihlal etmek için dini özerkliği ileri süremeyeceği öne sürülür. *Axel Springer* davasında, yine aynı yönde, başkasının haysiyet hakkına karşı ifade özgürlüğüne dayanmak, kötüye kullanım olarak nitelendirilebilir. Ancak aslında bu tür çatışmalara bakıldığında, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olamayacağı görülecektir. Çünkü bu örneklerde, AİHS'in 17'nci maddesindeki gibi bir "amaç" söz konusu değildir. Aksine başvuru, diğerlerinin haklarına müdahaleyi, kendi haklarını kullanmanın meşru bir maliyeti olarak görmektedirler³⁰⁰.

Gerek ihtimali olarak hakkın kötüye kullanımının iddia edilebileceğini söylediğimiz bir üst paragraftaki örneklerde, gerekse de Taramundi'nin verdiği iki örnekte, hakkın kötüye kullanımının tanımında yer alan, başkasının hakkına zarar verme, kötü niyetli bir kullanım, bu yönde bir amaç mevcut değildir. Anayasal hakların çatışması tanımında aradığımız unsur, haklardan birinin geçerliliğinin diğeri pahasına iddia edilmesiydi. Anayasal hakların çatışmasında, hakların birbirlerine karşılıklı bir "zarar verme" durumu vardır. Bununla beraber, çatışmanın doğasından gelen, diğeri hakkın kullanımında olumsuz bir değişikliğe dair bu sonuç nedeniyle, çatışma hali doğrudan kötüye kullanıma indirgenemez.

d. Ara Sonuç

Bu başlık altındaki açıklamalarımızı kısaca şöyle özetleyebiliriz: Hakkın kötüye kullanımı ne Alman hukukunda, ne Türk hukukunda ne de (Avrupa) insan hakları hukukunda korunur. Bu anlamda, olağan amacın ötesinde kullanılan bir hakkın mevcudiyeti iddia edilemeyecektir. Dolayısıyla bu iddianın başka bir hak iddiasıyla karşı karşıya gelmesi halinde, sadece karşıda yer alan hak geçerli olacak, kötüye kullanılan

²⁹⁹ Neticede AİHM, başvuru, hakkın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.

³⁰⁰ Brems, "Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights", 247.

hakkın varlığı reddedilecektir. Bu nedenle de hakların çatışmasından bahsedilemeyecektir.

2. Anayasal Hak Çatışmaları ile Anayasal Hakların Özel Hukuka Etkisi Arasındaki İlişki

Vatandaşların birbirleri arasındaki hukuki ilişkilerini düzenleyen özel hukuk, hak sahipleri arasındaki çıkar çatışmasını önlemeye veya çözmeye çalışmaktadır³⁰¹. Bu alanda, anayasal hak çatışmalarının varlığı paradoks gibi görünmektedir; çünkü devletin her zaman vatandaşın yasal alanına uygun yetkilerle müdahale edebileceği kamu hukukunun aksine özel hukuk, özel kişilerin rızalarına dayanmaktadır³⁰².

İlke olarak, özel hukuk sùjeleri birbirleriyle olan ilişkilerini, çeşitli çıkarların bir arada düzenlendiği ve üzerinde anlaşılan biçimde kabul edilecek bir sözleşme şeklinde düzenlerler. Sözleşmenin içeriği, özerkliğe yönelik iddiaların sonucudur. Devlete yönelik ileri sürülebilecek bir savunma hakkının söz konusu olmadığı, sözleşmenin gönüllü niteliğinden kaynaklanan bir çatışma, bu bağlamda çalışmamızın dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, bireyin sadece devlete karşı anayasal haklara başvurmak istemediği, aynı zamanda özel bir hukuki ilişki içinde, anayasal hakkını kısıtlayan başka bir bireye karşı hak iddiasında bulunduğu durumlar da mevcuttur. Nitekim özel hukuk kapsamındaki hemen hemen tüm haklar, anayasal haklara kadar izlenebildiği için bu bağlamda anayasal hak çatışmaları ile karşılaşmak mümkündür³⁰³.

Anayasal hakların özel hukuka etkisi ile çatışma konusu, birbirinden farklı konulardır. Ancak bu farklılık, anayasal hakların özel hukuka etkisini açıklayan yatay etkinin (*Horizontalwirkung*), anayasal hakların çatışması sorunu ile karıştırılan konulardan biri olmasını engellememiştir³⁰⁴. Buna göre, anayasal hakların çatışmasında

³⁰¹ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 26. Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayrıma dair getirilen farklı kriterler temel alınarak, özel hukukun daha ayrıntılı şekilde ortaya konan nitelikleri için bkz. Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin, 2013), 64-73.

³⁰² Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 27. Ayrıca Gözler, *Hukuka Giriş*, 71.

³⁰³ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 27, 42.

³⁰⁴ Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 52. Çatışmanın kendi başına bir problem olarak algılanmaktansa, özel hukuka etkisi ile tartışılması için bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 33. Ayrıca üçüncü taraf etkisi çalışmaları alanında, anayasal hakların çatışması sorunuyla ilgili bazı tartışmalar da mevcuttur. Örneğin, bunlardan biri aşağıda da yer verdiğimiz, doğrudan etki durumunda ortaya çıkan çatışma riskine, hatta bu tür çatışmalardan kaçınmak için anayasal hakların doğrudan üçüncü taraf etkisinin reddedilmesine dairdir. *Ibid.*, 37.

ortaya çıkan belirli sorunlar, çoğunlukla üçüncü tarafa etki eden hususlarla değerlendirilmiş³⁰⁵, bugüne kadar anayasal hakların çatışması yerine, anayasal hakların özel hukuka etkisine dair bir görüş olan hakların yatay etkisi üzerine odaklanılmıştır³⁰⁶. Peki, anayasal hakların özel hukuka (yatay) etkisinin, anayasal hakların çatışmasında yeri nedir? Bu ikisi arasındaki ilişkiyi kavrayabilmek için öncelikle anayasal hakların işlevini açıklığa kavuşturmamız lazım.

a. Anayasal Hakların İşlevi ve Etkisi

Bu başlık altında anayasal hakların işlevine bakarak şu sorulara yanıt arayacağız: Anayasal haklar sadece devlete karşı korunmayı getiren negatif savunma hakları mıdır, yoksa devlete pozitif ödevler de yükler mi? Anayasal haklar, hukukun bütün alanlarında geçerli temel ilkeler olarak kabul edilebilir mi?³⁰⁷

Vatandaşlar ile devlet arasındaki ilişkinin özellikle anayasal haklarla şekillendiği liberal anayasal sistemlerde³⁰⁸, anayasal hakların, savunma hakları (*Abwehrrechts*) olarak ilk işlevi, kişilerin özgürlük alanlarının devlet tarafından tecavüzlere karşı korunmasıdır³⁰⁹. Sübjektif kamu hakları olarak³¹⁰ bu ilk işlevde anayasal haklar, devlet iktidarına karşı bir savunmayı hedeflemekte, devleti hakka tecavüzden kaçınmak ya da hakka saygı göstermek zorunda bırakmakta ve bireye haksız devlet müdahalesine karşı savunma için doğrudan uygulanabilir bir talep sağlamaktadır³¹¹. Devlet iktidarını

Blaesing bu akıl yürütmeyi safsata (*petitio principii*) olarak görüp reddetmektedir. Ayrıntılar için bkz. *Ibid.*, 37-38.

³⁰⁵ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 133

³⁰⁶ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, ix.

³⁰⁷ Mattias Kumm, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 2, no. 3 (2004): 582; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 217.

³⁰⁸ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 24.

³⁰⁹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 103; Smet, “Freedoms of Expression and the Right to Reputation”, 184; Detlev W. Belling, Antje Herold ve Marek Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten”, içinde *Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert*, ed. Attila Badó ve Detlev W. Belling (Universität Potsdam, 2014), 53; Celice, s. 7. Bu tanım, yukarıda yer verdiğimiz sübjektif kamusal haklara da denk gelir. Sübjektif kamu haklarının “savunma hakları” niteliğinde olmalarına dair bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 169.

³¹⁰ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 103; Zafer Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, içinde *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I* (Ankara, 11 Mayıs 2001), 3.

³¹¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 7.

sınırlamayı amaçlayan anayasal hakların bu klasik etkisi, kişinin kamu gücünü kullanan organlara karşı korunmasını sağlamaktır³¹².

Anayasal hakların, sadece bu klasik etkisi ile mi sınırlı olduğu, yoksa özel kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerine uygulanıp uygulanmadığı³¹³, özel hukuk kişilerinin birbirlerine karşı anayasal haklara dayanıp dayanamayacağı, eğer bu mümkünse bunun ne ölçüde olacağı³¹⁴ soruları ise doktrinde tartışmalıdır³¹⁵. Bununla beraber, anayasal hakların, dikey ilişki olarak adlandırılan klasik işlevinin yanı sıra, özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanmasının zaman içerisinde kabul edildiğini söyleyebiliriz³¹⁶.

Yatay etki³¹⁷, farklı modeller veya yollardan işlendiği için buna yönelik kavramların her biri, tek başlarına anayasal hakların özel hukuka etkisini tamamen

³¹² Detlev W. Belling ve Nurten İnce, “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi* 12, 137 (2014): 5; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 53; Sibel Kılıçarslar-İsfen, “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2011): 194; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 7.

³¹³ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 5; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 53; Claus Dieter Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 122, no. 1 (1997): 66.

³¹⁴ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 5; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 4; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 53. Ayrıca Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, (Bursa: Ekin, 2011), 533; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 13.

³¹⁵ Ozan Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışma Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, içinde *Erdal Onar Armağanı Cilt 1*, yay. haz. Merih Öden *et al.* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013), 438; Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 66. Nitekim bugün dahi anayasal hakların yalnızca birey ile devlet arasındaki ilişkilere uygulanması gerektiğine, özel hukuk ilişkilerine uygulanmaması gerektiğine dair görüşler vardır. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 438.

³¹⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 102; Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 437-438; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 4; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 13. Günümüzde, anayasal hakların, hem subjektif hem de objektif temel ilkeler boyutu içerdiğinin kabul edildiğine ve bunun artık anayasal haklar bilgisinin asli unsurları arasında yerini aldığına dair aynı anlama gelen görüş için Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 218-219. Tartışmalı olan daha çok objektif boyut kavramının içeriğini, sınırlarını ve sonuçlarını belirlemeye dairdir. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 219.

³¹⁷ Anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi için Alman hukukunda, devlet ile birey arasındaki ilişkide üçüncü bir özel kişinin daha varlığı referans alınarak, “üçüncü taraf etkisi” (*Drittwirkung*) terimi kullanılır. Belling, Herold ve Kneis’e göre “*Drittwirkung*” kavramı 1954 yılında yayınlanan Hans-Peter Ipsen’in kitabında yer almıştır. Gleichheit, in: *Die Grundrechte*, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, s. 111, 143’den bildiren Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 54 (dp. 6). Amerikan hukukunda ise “devlet eylemi doktrini” (*state action doctrine*) veya “temel hakların üçüncü taraf etkisi” kavramı (*third party effect of fundamental rights*) kullanılır. Bkz. Eric Engle, “Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*)”, *European Law/Europarecht* 5, no. 2 (2009): 165-173. “Üçüncü tarafın”, aslında anlatılmak istenenini tam yansıtmadığı düşüncesiyle “yatay etki” (İngilizce ve Almanca karışımı “*Horizontalwirkung*”) veya

kapsamaktan uzaktır³¹⁸. Yaygın olarak kabul gören bir modellemeye göre, anayasal hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine etkisi “doğrudan” (dikey, *direct, vertical*) ve “dolaylı yatay etki” (*indirect, horizontal*) olarak ayrılabilir³¹⁹. Doğrudan veya dolaylı yatay etkiyi açıklamadan önce, buradaki “doğrudanlık” ve “dolaylılık” kavramlarını tanımlamakta fayda vardır.

(1) Doğrudanlık- Dolaylılık

Bize göre, yatay etki konusunda “doğrudanlık” ve “dolaylılık” ayrımını, en makul ve net açıklamalarla Gardbaum yapmaktadır. Buna göre, “doğrudanlık” *bireylerin*; dolaylılık ise özel hukuka ilişkin *kanunların* (ve gelenek hukukunun) anayasal haklara tabi olması gerektiğini ifade etmektedir³²⁰. Yatay etkide doğrudanlık söz konusu olduğunda, anayasal haklar tarafından özel hukuk kişilerinin *davranışları*; dolaylılık söz konusu olduğunda, bu kişilerin birbirleri ile hukuki ilişkilerini yapılandıran *özel hukuk kanunları* düzenlenmektedir³²¹.

(2) Anayasal Hakların Doğrudan Etkisi

Doğrudan etki (*direct horizontal effect; unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), özel hukuk kişilerinin de devlet gibi temel hakkın muhatabı olarak anayasal hak ve hürriyetlere riayet etmesi ve anayasal hak ve hürriyetlerin, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye - yasaya dayanma zorunluluğu veya yorum gerektiren ara

“özel etki” (*Privatwirkung*) kavramına da başvurulur. Philip Beckmann *et al.*, “Germany”, içinde *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, ed. Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Chiacchi ve Giovanni Comandé (Cambridge University Press, 2010), 267. Günümüzde “dolaylı üçüncü taraf etkisi” (*Mittelbare Drittwirkung*) kavramının yerine, “devletin koruma yükümlülüğü” (*Schutzpflicht des Staates*) kavramı ya da “temel hak ve özgürlüklerin yayılım etkisi” (“*radiating effect*” veya Almanca tabir ile “*Ausstrahlungswirkung*”) sıkça kullanılır. (Bu dipnottaki bilgiler için bkz. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 439). Yansıma/yayılım etkisi, dolaylı yatay etkiye (*indirect horizontal effect*) gönderme yapar. Beckmann *et al.*, “Germany”, 266. Aşağıda açıklayacağımız üzere, üçüncü taraf etkisi ile devletin koruma yükümlülüğü doktrini birebir aynı değildir.

³¹⁸ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 440.

³¹⁹ *Ibid.*, 440. Dolaylı etki altında farklı başlıklandırmalar da söz konusudur. Dolaylı yatay etki kendi içinde “zayıf dolaylı yatay etki” (*weak indirect horizontal*) ve “güçlü (ya da güçlendirilmiş) dolaylı yatay etki” (*strong indirect horizontal*) olarak ikiye ayrılır. *Ibid.* Ayrıca bkz. *Ibid.*, 461-64.

³²⁰ Vurgular yazara aittir. Stephen Gardbaum, “Where the (state) action is”, *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 4 (2006): 764.

³²¹ Ayrıca Stephen Gardbaum, “The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights”, *Michigan Law Review* 102, no. 3 (2003): 404. Vurgu bize aittir.

basamaklara ihtiyaç olmaksızın- doğrudan uygulanabilmesi demektir³²². Bu görüş, Alman Anayasasının 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin temel haklarla bağlı olması öngörüldüğüne göre, özel hukuk kişilerinin evleviyetle temel haklarla bağlı olduklarını savunmaktadır³²³.

Doğrudan etkinin en ünlü savunucularından biri, Alman hukukçu ve hakim Hans Nipperdey olmuştur³²⁴. Nipperdey'e göre, anayasal haklar tüm hukuk sisteminde etki gösteren objektif, bağlayıcı anayasal hükümler olduğu için özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye de doğrudan uygulanmaktadır ve onları da bağlamaktadır. Bu bağlayıcılık anayasal hakların, özel hukuk ilişkilerinde sadece yorum kuralları olarak dikkate alınması şeklinde etki doğurmasını değil, bunun ötesinde temel haklara aykırı olan her tür hukuki işlemin yok hükmünde olmasını gerektirmektedir³²⁵. Bu görüşe göre, sadece savunma hakkı niteliğinde olmayıp objektif özellik de içeren anayasal hakların, bireylere mümkün olduğunca güvence sağlayabilmesi için özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etkili olup uygulanması gerekmektedir³²⁶.

³²² Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, 539; Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 7; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 13; Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi", 9. Birey özel hukuk işlemlerindeki anayasal haklarına doğrudan başvurabilir. Ayrıca sözleşme ortağına karşı hak iddia etme yetkisine ve aynı zamanda bundan dolayı anayasal yükümlülüğe de sahiptir. Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 35.

³²³ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi", 440; Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 7. Doğrudan etki görüşünü savunanların dayandıkları noktaların ayrıntılı açıklamaları için bkz. Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi", 10-12. Schulz'a göre Alman Anayasası madde 1/1'in ikinci cümlesinden yola çıkıldığında, anayasal haklar aracılığıyla somutlaştırılacak insan onurunun korunmasının, "tüm devlet iktidarına" dayatıldığı kabul edilebilir. Ancak özel hukuk kapsamında bir bağlayıcılığı normlaştırılmaz. Yazar kesin bir şekilde konuşmamakla beraber, doğrudan etkiye dair bir açık ifade görmez. Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 28- 29.

³²⁴ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi", 443; Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 8. 1950'li ve 60'lı yıllarda Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) Başkanlığında bulunmuş Nipperdey, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung" makalesinde temel haklar ile özel hukuk arasındaki ilişkiye dair görüşlerini paylaşmıştır. (Hans Nipperdey, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung", *Recht der Arbeit* (1950): 121-128) Aktaran Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi", 444. Temel hakların Alman hukukunda doğrudan etkili olduğunu savunan görüşü anlatan ayrıntılı kısım için bkz. Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 7-9.

³²⁵ Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht* (Scherpe, 1961), 15'ten belirten Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 8.

³²⁶ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi", 444.

Nipperdey'in görüşleri³²⁷, Federal İş Mahkemesinin kararlarını da etkilemiştir. 1954 yılındaki kararında doğrudan uygulama teorisini kabul eden Mahkeme, uzun bir süre anayasal hakların doğrudan etkisini kabul etmiş ve uygulamıştır³²⁸. Bu yaklaşım, başka mahkemelerin de kararlarına yansımıştır³²⁹. Barak'ın aktardığı iki örneğe yer verelim. Bir olayda Reuven adlı şahıs, Shimon adlı şahsın sağlığına dair aldığı raporu sigorta şirketine vermiştir. Bunun, Anayasanın 1'inci ve 2'nci maddelerince korunan Shimon'un haysiyet ve kişisel gelişim hakkını ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Mahkemenin gerekçesine göre, bu maddelerdeki haklar “sadece devlet ve onun örgütleriyle ilgili değil, özel hukuk ilişkilerinde de herkese karşı elde edilen temel bir hakkı güvence altına almak” anlamına gelirler³³⁰. Bir başka davada, kişinin resmi, uyuşturucu ile bağlantılı olarak yayınlanmış ve bu nedenle bu kişi dağıtıcıya karşı dava açmıştır. Alman özel hukukuna göre bu durumlarda davacı yalnızca maddi hasarı kanıtlayabilirse zararları karşılanır. Ancak bu ispatlanmamasına rağmen, Federal Yüksek Mahkeme (Yargıtay), davacının haysiyet ve kişisel gelişim hakkının ihlali nedeniyle zararlarının giderilmesine hükmetmiştir³³¹.

Bir süre sonra Federal İş Mahkemesi, özellikle 1984 yılından itibaren dolaylı yatay etki görüşüne kaymıştır³³² ve anayasal hakları, özel hukuku açık uçlu genel normlar üzerinden etkileyen, genel bir değerler düzeni olarak yorumlamıştır. İş Mahkemesi, önündeki davalarda, anayasal haklarla ifade edilen değerlere uyulup uyulmadığını kontrol etmiştir³³³.

³²⁷ Nipperdey zamanla bu görüşünden uzaklaşıp dolaylı etki görüşüne yaklaşmıştır. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 445; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 12.

³²⁸ Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 66-68. Federal İş Mahkemesi'nin, ilk kez 1954 yılında bu yaklaşım çerçevesinde karar verdiği not edilir. Mahkemenin, Alman Anayasası madde 1/1'in ve madde 2'nin doğrudan bireylere de uygulanması gerektiğine dair görüşleri için bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 12 vd. Federal Yüksek Temyiz Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) de bu yıllarda anayasal hakların özel hukuka etkisi problemi ile karşılaşmış ve doğrudan etki tutumunu benimsemiştir. Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 66-67; Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 445.

³²⁹ Bkz. Aharon Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, *Review of Constitutional Studies* 3, no. 2 (1996): 244-246. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3698; Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 445.

³³⁰ 24 BGHZ 72, 76'dan aktaran Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, 245.

³³¹ 26 BGHZ 349'dan aktaran *Ibid.*, 246

³³² Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 25.

³³³ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 446; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 25-26.

Bugün için doğrudan etkiyi savunan görüşlerden bir tanesinin dayanağı; anayasal hak ve özgürlüklerin devletten ziyade, diğer özel hukuk kişilerinden kaynaklanan tehditlere maruz kalmasıdır³³⁴. Bu görüş, bireyin iradesi ve bütünlüğüne ilişkin özerkliğinden ve haysiyetinden kaynaklanan “özgürlükler” olarak insan haklarının sadece devleti değil, aynı zamanda bireyleri de bağladığı, bunların da hakları ihlal etmemesi gerektiği yönündedir³³⁵. Ancak doğrudan etki öğretisi üzerinde, ne literatürde ne de yargıda uzlaşa sağlanmıştır. Aksine, bir anayasal hak ihlali yalnızca devletin normları ve eylemleriyle olabilir; özel hukuk kişi eylemleriyle değil. Bunlar, anayasal haklar temelinde değerlendirilemez³³⁶. Nitekim anayasal hakların yalnızca devlet tarafından değil, özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edebileceğini kabul eden bir görüş dahi, bundan ötürü anayasal hakların doğrudan özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı sonucunu reddetmekte, ancak özel hukuka yatay etkisini savunmaktadır³³⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımız bir yana, anayasalar, istisnai olarak, doğrudan etki tanımış olabilir ki burada anayasal hak çatışması ortaya çıkabilir. Örneğin, İsviçre Anayasasının 8’inci maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesi gereği³³⁸, çalışanlar yasal bir somutlaştırma olmaksızın doğrudan anayasa nedeniyle işverence eşit maaş hakkına dayanabilirler³³⁹.

³³⁴ Doğrudan etki görüşünü savunanların dayandıkları görüşler için bkz. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 446-447; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 32. Ayrıca bkz. Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 3. Belling ve İnce’ye göre özellikle, uluslararası şirketlerin ellerinde tuttuğu güç dikkate alındığında, anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilirliğinin önemi ortaya çıkar. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 8. Devletle karşılaştırılabilir derecede güçlü konumda olanlar karşısında, anayasal hakların sağladığı korumanın zedelenmemesi için anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi, genişletilmek zorunda olsa da (Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 32), biz buradan doğrudan etkiye dair bir sonucun çıkmayacağını düşünüyoruz.

³³⁵ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 444, 447. Ayrıca Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, 228-229, 244-245.

³³⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 14.

³³⁷ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 9-10; Günter Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, içinde *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, ed. Theodor Maunz (München, Isar Verlag, 1956), 164, 173 vd.

³³⁸ İsviçre Anayasası madde 8/3: “Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Kanun, özellikle ailede, eğitimde ve işte hukuki ve fiili eşitliklerini sağlar. Kadın ve erkek, eşit değerdeki iş için eşit ücret alma hakkına sahiptir.” Almanca metin için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/de> (erişim tarihi: 2.5.2022).

³³⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 15.

(3) Dolaylı Yatay Etki / Anayasal Hakların Yansıma Etkisi

Almanya’da³⁴⁰ (ve Türkiye’de)³⁴¹ bugün hakim olan görüş, anayasal hakların dolaylı (üçüncü kişi) etkisidir (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*)³⁴². Bu görüş, argümanlarını tarihi açıdan³⁴³, sistematik³⁴⁴ ve amaçsal yorumdan³⁴⁵ üretmektedir³⁴⁶.

³⁴⁰ Doktrin ve (Federal Alman İş Mahkemesi dahil) içtihat, anayasal hakların üçüncü kişiler üzerindeki doğrudan etkisini reddeder. Bu çalışmalar için bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 196. Bu çalışmalardan en önemlileri Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”; Günter Dürig, “Freizügigkeit”, içinde *Die Grundrechte; Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* Band 2, ed. Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey ve Ulrich Scheuner (Berlin: Duncker & Humblot, 1954).

³⁴¹ Kılıçarslar-İsfen’in gözlemlerine göre, Türk anayasa hukukunda anayasal hakların özel hukuka etkisine dair ilk özgün denemeyi Zafer Gören gerçekleştirmiştir. Gören, Anayasamızın 11’inci maddesinin birinci fıkrasını yorumlayarak doğrudan etkiyi kabul eder. Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 196, 203. Bkz. Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, 92. Doğrudan normlara ilişkin açıklama için bkz. Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 133-134.

³⁴² Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 18. Alman Anayasa Mahkemesinin bu görüşü kabul ettiğine dair bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 13.

³⁴³ Tarihi bakış açısına göre, siyasi ve ekonomik liberalizmin ürünü olan anayasal hak düşüncesinde, devlet ile vatandaş ilişkisinde, vatandaşın özgürlüğü önceliklidir. Anayasal hakların temel işlevi, devlet karşı vatandaşın korumasıdır. Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakların Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, 196; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 19; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 24. Bu anlamda, özel hukuk kişileri objektif hukuk ilkesi veya kurumsal bir güvence anlamında anayasal haklarla bağlı değildir. Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 196. Ayrıca bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10. Dolayısıyla bu görüş anayasal hak ve özgürlükleri, birey ile devlet arasındaki dikey ilişkiye özgüler. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 448. Kaldı ki her iki tarafın da hak taşıyıcısı olduğu özel hukuk ilişkisinde, tarafları anayasal hakların uygulamasından direkt olarak sorumlu tutmak, devlet ile birey arasında ciddi bir güç eşitsizliği varken, bu ikisini denk gibi göstermek, doğru değildir. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 28-29; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 78. Belling- İnce’ye göre, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkide birinin daha güçlü konumda olması bu sonucu değiştirmez. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 29.

³⁴⁴ Alman Anayasası madde 1/3: “Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.” Alman anayasa hukuku açısından baktığımızda, zıt kanıttan (Anayasa madde 1/3 dikkate alındığında) üçüncü kişilere doğrudan etkinin, ancak açıkça belirtilen durumlarda mümkün olabileceği yorumuna ulaşılmaktadır. Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 196-197; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 7-9, 27; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 75-76, 82. Aynı yönde Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 66; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 28. Sistematik yorum yapıldığında, Alman Anayasasının çok az yerinde anayasal hakların özel hukuk ilişkilerini etkilediği anlaşılmaktadır. Bunlar; m. 9/3, 20/4, 38/1, 48/2 dir. Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 8.

³⁴⁵ Amaçsal yorumdan yola çıkıldığında ise, özünde savunma hakkı olan anayasal haklar, davranış yükümlülüğü haline geleceği için, anayasal hakların üçüncü kişilere doğrudan etkisi kabul edilemez. Böyle bir ihtimalde, devletin, vatandaşlar arasındaki sözleşme serbestisine, hukuka aykırı bir şekilde müdahalesi gündeme gelecektir. Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 196-97. Kaldı ki, bireylere anayasal hakların sorumluluğunu yüklemek, onlara sınırlamalar getirmektedir. Bu da anayasal hakların açık yasalarla sınırlanması gerekliliğine aykırıdır. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 448.

³⁴⁶ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, 162.

Dolaylı yatay etki doktrinine göre, karşılıklı rızaya dayalı³⁴⁷, “anayasa karşısında bağımsız ve kendine özgü karakteri olan bir alan”³⁴⁸ olan özel hukuka, anayasal hakların doğrudan etkisi uygun değildir. Doğrudan uygulama, yargı yetkisi ile yasama yetkisinin ayrılığına, özel hukukun özerkliğine ve ayrıca bireysel özgürlüğe zarar verecektir³⁴⁹. Bu nedenle, anayasal haklar objektif bir değerler sistemi olarak, ancak yasal düzenlemeler üzerinde özel hukuk kişilerine etki edebilmelidir³⁵⁰. Buna göre, bireylerin birbirlerinin haklarına saldırısını engellemek ve bireyler arasındaki ilişkiyi dengelemek için özel hukukta yeterince koruyucu madde vardır ki bunlar zaten yoruma açık genel maddelerdir³⁵¹. Böylelikle devlet özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye, müdahale eden bir aracı şeklinde katılmaktadır³⁵².

Alman anayasa hukukuna göre, hukuk düzeni bir birlik oluşturduğu için özel hukuk normları, anayasal haklara ve anayasal hakların içerdiği objektif değerlere aykırı olamaz, onlara uygun olmak zorundadır. Hakim, özellikle Alman Medeni Kanunundaki (BGB) tarafların tasarrufuna kapalı³⁵³ emredici hükümler ve genel hükümleri - dürüstlük kuralı (hüsniyet, madde 242) (*Treu und Glauben*), ahlaka aykırılık (*sittenwidrig*), aşırı yararlanma (madde 138), hukuka aykırılık (*rechtswidrig*), haksız fiil (madde 826 ahlaka aykırı olarak kasten birine zarar verilmesi)³⁵⁴ gibi kavramları-, anayasal hakların ışığında yorumlayarak, bunlar aracılığıyla anayasal haklara, özel hukuk ilişkilerinde etkinlik

³⁴⁷ Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 197.

³⁴⁸ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, 164, 173 vd. Doğrudan yatay etkinin bu yönde eleştirilmesine dair bkz. Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 36.

³⁴⁹ Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 69; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 14; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 109; Belling, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 29-30; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 36.

³⁵⁰ Beckmann *et al.*, “Germany”, 270; Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 445-446. Aynı yönde bkz. Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 12-13.

³⁵¹ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, 176; Dürig, “Freizügigkeit”, 525.

³⁵² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 15.

³⁵³ Nitekim özel hukuk unsurlarının belirsizliği de anayasal hakların yansıma etkisinin yoğunluğunu arttırmaktadır. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 21.

³⁵⁴ BGB m. 242: “Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür”. BGB, madde 138/1: “Ahlaka ve adaba aykırı olan bir hukuki işlem batıldır.” BGB, m.138/2: “Özellikle, başkasının müzayaka hali, tecrübesizliği, karar verme yeteneğindeki eksiklik veya önemli derece irade zayıflığını istismar ederek kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine malvarlıksal vaatler ya da faydalar temin edilmesi suretiyle yapılan açık bir dengesizlik arzeden hukuki işlem batıldır.” BGB, m. 826: “Ahlaka aykırı bir davranışla birine kasten zarar veren kişi bu zararı tazminle yükümlüdür.” Çevirilerin alındığı yer Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 11 (dp. 33, 34 ve 35).

kazandırmaktadır. Böylece anayasal haklar, ancak açık uçlu nitelikteki bu genel normlar (*Generalklausen*) aracılığıyla özel hukuka dolaylı olarak etki etmektedir^{355, 356}.

Alman hukuk literatüründe yansıma etkisi³⁵⁷ olarak da adlandırılan bu etkiye göre, özel hukuktaki genel normlar, anayasal hakların özel hukuk alanına girmesini sağlayan “sızma noktaları”dır (*Einbruchstellen der Grundrechte*)³⁵⁸. Alman hukukçu Dürig’in görüşlerine dayanan bu yaklaşım, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir³⁵⁹. Anayasal hakların özel hukuka etkisine ilişkin Alman Anayasasında

³⁵⁵ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, 176; Dürig, “Freizügigkeit”, 525; Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 197. Ayrıca Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 446; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 55; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 16. Bu anlamda, “genel normlar” anayasal değerlere uygun olarak yorumlanamıyorsa, bunların geçersizlikleri iddia edilebilir. Gardbaum, “The ‘Horizontal Effect of Constitutional Rights’”, 406. Ayrıca bizce Mahkemenin şu ifadeleri çok önemlidir: “Maddi ve usul hukuku açısından bakıldığında, vatandaşlar arasında davranış kurallarından kaynaklanan haklar ve görevler konusundaki bir anlaşmazlık, temel haklardan etkilenen bir özel hukuk anlaşmazlığı olarak kalır. Yorumlayıcıların anayasa hukukuna uyması gerekse bile, yorumlanan ve uygulanan özel hukuktur.” (BVerfGE 7, 198 (205) (*Lüth*). Dolayısıyla bu yorumdan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi özel hukukun özerkliğini kabul etmektedir. Nitekim bu hususu, bizim gibi, Beckmann da vurgulama gereği duymuştur. Bkz. Beckmann *et al.*, “Germany”, 271.

³⁵⁶ Classen’in, değer düzeni aracılığıyla medeni hukuktaki genel kavramların somutlaştırılması sürecinde vurgulanan anayasa hukukundaki bakış açısına dair etkileyici açıklamalarına değinmek isteriz. Yazara göre, değer düzeni ifadesi tam olarak karşılanamamaktadır. Burada ele alınan yaklaşımın kökeni medeni hukuktur ve aslında şu soru yanıtlanmaktadır: Medeni hukuk, anayasa hukukundan ne ölçüde yararlanabilir? Dolayısıyla aslında Federal Anayasa Mahkemesinin bakış açısı, medeni hukuktan anayasal haklara doğru değildir. Aksine anayasal haklardan medeni hukuka doğrudur. Üçüncü taraf etkisinin amacı da anayasal hakların güvence altına aldığı teminatları, medeni hukukta da sağlamaktır. Anayasal haklar medeni hukuku somutlaştırmaz. Tersine anayasal hakları somutlaştıran, medeni hukukun kendisidir. Bu nedenle de tüm medeni hukuk normları, özünde anayasal hakların gerçekleşmesine hizmet eder. Bu normlardan hiçbiri anayasaya aykırı olamaz. Sözleşmeler dahi anayasal haklar ışığında yorumlanmalıdır. Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 70. Dolayısıyla yasalar, hakları gerektiği kadar koruduğu sürece, anayasal hak ve özgürlüklere dayanmaya gerek kalmayacaktır. Bu anlamda Ergül, Gören’in “Türk hukukunda temel hakların önemli bir bölümü Medeni Kanun’da ve başka özel yasalarda somutlaştırılmış olduğundan temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması sorunu pratikte büyük bir sorun yaratmamıştır” tespitine katılmakta, ancak bu durumun dolaylı etkiyi de görünmez kıldığını eklemektedir. (Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 29-30). Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 453.

³⁵⁷ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10. Ayrıca bkz. Alexy, “Balancing, and Rationality”, 133. Buna yansıma metaforu da denmektedir. Aynı zamanda yayılım etkisi olarak da adlandırılmaktadır. Beckmann *et al.*, “Germany”, 271.

³⁵⁸ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Dürig’e (Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”; Dürig, “Freizügigkeit”) atf yapmıştır. (BVerfGE 7, 198 (206)) BVerfGE 7, 198 (204, 206). Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu argümanı kullandığı başka kararları için bkz. Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 585; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 20-21.

³⁵⁹ Beckmann *et al.*, “Germany”, 271; Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 446; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 13; Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, 157 vd.; Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 68.

açık bir düzenleme olmamasına rağmen³⁶⁰, Federal Alman Anayasa Mahkemesi ilk kez 1958 yılındaki *Lüth*³⁶¹ kararında bu konuda görüşünü açıkça ortaya koymuştur³⁶².

Lüth kararı, temel olarak, Eric Lüth'ün, Nazi döneminde yönetmenlik yapmış olan Veit Harlan'ın filmlerini boykot etmeye çağırın ifadesinin, anayasaya uygun olup olmadığına ilişkindir. Harlan'ın Nazi döneminde çektiği filmlerden biri de antisemitist propaganda içeren *Jud Süß* tür³⁶³. Harlan'ın yapımcı şirketinin bu tür boykot çağrılarını engellemek amacıyla başvurduğu Hamburg Eyalet Mahkemesi, BGB'nin 826'ncı maddesine dayanarak kendisi aleyhine karar verince Lüth, bu karara karşı Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi boykota çağrı içeren ifadeyi anayasaya uygun bulmuştur³⁶⁴. Mahkeme, BGB'nin 826'ncı maddesinin ifade özgürlüğü ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir³⁶⁵.

Federal Anayasa Mahkemesi *Lüth* kararında, anayasal hakların öncelikle bireyin devlete karşı korunma haklarını tanımladığını belirtmiştir. Aynı zamanda Mahkeme, anayasal haklara, hukuk düzeninin bütününe yansıyan; yasama, idare ve yargı için

³⁶⁰ Kılıçarslar-İsfen, "Fikir Beyan Etme ve Yayma", 195; Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 7. Alman Anayasasının 2'nci maddesinde "herkes kişiliğini geliştirme hakkına sahiptir" ve "herkes yaşam ve vücut bütünlüğüne hakkına sahiptir" ifadeleri geçmektedir. Ayrıca Anayasa madde 3/2'de, "kadın ve erkekler eşit haklara sahiptir" denmektedir. Madde 4/1 "din ve vicdan özgürlüğünün ...dokunulmaz" derken, madde 5/1'de "herkesin ifade özgürlüğüne" sahip olduğu ve madde 5/3'te "sanat ve bilim özgürlüğünün....serbest" olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasanın bu geniş ifadelerinden, anayasal hak hükümlerinin devlet dışında bireyler üzerinde bağlayıcı olup olmadığı net olarak anlaşılmamaktadır. Gardbaum, "The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights", 402. (Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 64). Gözler'e göre, örneğin Alman Anayasasının 3'üncü maddesinin son fıkrasındaki ifadeden, bu hükmün sadece devlete değil, aynı şekilde özel kişilere de hitap ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle özel işverenler de işe alma, çalışma koşulları ve ücrette vs., maddede belirtilen sebeplerden dolayı ayrımcılık yapamayacaktır. Aksi durumda ayrımcılığa uğrayan kişi, mahkemede bu maddeye dayanabilir. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, 536. Alman Anayasası m. 3/son: "Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınmaz. Hiç kimse özür ve sakatlığından dolayı mağdur edilemez."

³⁶¹ BVerfGE 7, 198. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 19. Ayrıca Classen, "Die Drittwirkung der Grundrechte", 68; Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 13. *Lüth* kararı yalnızca Alman anayasa hukuku için değil, uluslararası anayasa hukuku literatüründe de anayasal hakların özel hukuka etkisi problemi için önde gelen karar olmuştur. Zakariás, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 149.

³⁶² Classen, "Die Drittwirkung der Grundrechte", 67. *Lüth* kararına benzer şekilde BVerfGE 6, 55 (*Steuersplitting*). Federal Anayasa Mahkemesinin, temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi ve dolaylı uygulanabilirliği ile ilgili diğer kararları için bkz. Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 14 (dp. 51).

³⁶³ Wikipedia, "Jud Süß", https://en.wikipedia.org/wiki/Jud_S%C3%BC%C3%9F (erişim tarihi: 02.05.2022)

³⁶⁴ Olayın kısaca tanıtımı için bkz. Kılıçarslar-İsfen, "Fikir Beyan Etme ve Yayma", 198.

³⁶⁵ Gardbaum, "The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights", 405.

standartları ortaya koyan, hukuk düzeninin yorumuna damgasını vuran ek bir objektif değer tanımıştır. Mahkeme anayasal hakların oluşturduğu bu objektif değerler düzeninde (*Wertordnung*), anayasal hakların geçerlik gücünün ilke olarak arttığını da kabul etmiştir³⁶⁶. Bu anayasal haklar hukukun tüm alanı için bağlayıcı bir değer yargısı (*Wertentscheidung*) oluşturmuştur³⁶⁷. Mahkemenin “değer yargısı” ile kastettiği, anayasal hak maddesinin, diğer haklara uygulanacak bir değer içerdiğine dair bir çıkarımdır. Örneğin, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 1957 yılındaki bir kararında, Anayasanın “evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar” başlıklı 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının, yalnızca klasik temel hak olmadığını, aynı zamanda evlilik ve aile hukuku ile ilgili özel hukuku ve kamu hukukunu bağlayan bir değer yargısı içerdiğine hükmetmiştir. Nitekim Mahkeme, buna dayanarak evli çiftler için gelir vergisinin ortak değerlendirilerek eşlerin yükümlülüğünü daha ağır hale getiren kanun maddesini iptal etmiştir³⁶⁸.

Yeniden *Lüth* kararına dönersek; *Lüth* kararıyla birlikte, anayasal hakların sadece birey-devlet ilişkilerinde geçerli olması anlayışına son verilmiş, anayasal haklara (özel hukuk ilişkilerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında dikkate alınacak) birey-birey arası ilişkileri düzenleme niteliği de kazandırılmıştır³⁶⁹. Dolayısıyla, özel hukuk kişileri de anayasanın güvence altına aldığı özgürlük alanlarını dikkate almak zorundadır³⁷⁰.

³⁶⁶ BVerfGE 7, 198 (205). Ayrıca bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 19, 105 (dp. 300); Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 585; Kılıçarslar-İsfen, “Fikir Beyan Etme ve Yayma”, 197-198; Beckmann *et al.*, “Germany”, 271; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, 176; Dürig, “Freizügigkeit”, 525; Gardbaum, “The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights”, 403-406. Anayasal hakların objektif boyutunun veya ilke norm olarak kabul edilmelerinin temel hakların birey-devlet ilişkisindeki algılanmış etkisi için bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 218-219, ayrıca direkt *Lüth* kararına ilişkin olarak *ibid.*, 233-34. İlk defa *Lüth* kararıyla beraber, anayasal hakların yalnızca bireylerin devlete karşı tanımlanmış konumlarını korumakla kalmayıp, daha geniş bir fonksiyona sahip olduğuna dair bkz. Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 132.

³⁶⁷ BVerfGE 6, 55 (72). Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 68.

³⁶⁸ BVerfGE 6, 55 (71 vd.). GG m. 6/1: “Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır.”

³⁶⁹ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 10 (Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, 176; Dürig, “Freizügigkeit”, 525); Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 105; 18-19. Anayasa Mahkemesi *Lüth* kararında anayasal hakların özel hukuku etkileyip etkilemediği ve eğer öyleyse hangi şekilde etkilediğinin çok fazla tartışmalı olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, iki ucu da, yani bir yandan anayasal hakların yalnızca devleti kısıtladığı düşüncesini de diğer taraftan, anayasal hakların (veya önemli olan bir kısmının) özel yasal ilişkilerde herkese karşı öncelikli olduğu düşüncesini de aşırı bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu aşırı pozisyonlardan hiçbirini desteklememiştir. Mahkeme bugün anayasal hakların “üçüncü taraflar üzerindeki etkisi” tartışmalı sorununun tüm yönleriyle de ilgilenmenin gerekmediğini belirtmiştir. BVerfGE 7, 198 (204).

³⁷⁰ Bkz. BVerfGE 6, 55 (71 vd.). Bkz. Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 68.

Lüth kararındaki yaklaşım, hem Federal Alman Anayasa Mahkemesi hem de diğer Alman mahkemelerince takip edilmiştir³⁷¹. Dolaylı yatay etki teorisi, gerek özel hukuk özerkliğini gerekse de bununla beraber anayasal korumayı sağladığı için, literatür ve içtihatla geniş kabul görmüştür. Ancak bu teori, anayasal hakların özel hukuka etkisini medeni hukuktaki genel hükümlerin ve belirsiz hukuki kavramların varlığına bağlaması nedeniyle eleştirilmiştir³⁷². Söz konusu eleştiriye göre, bu tür “sızma noktalarının” yasal dayanakları olmadan, anayasal haklar, hukukun tüm alanlarını anayasal bir temel karar (*Grundentscheidung*) olarak yönetmesi gereken objektif bir değer sistemi olarak gelişemez³⁷³. Burada asıl eleştiri anayasal hakların özel hukuka etkisi için mutlaka muğlak ve genel kavramların aranmasıdır. Oysa anayasal hakların gerçekleştirilmesini sağlayabilecek belli olgulara sahip normlar söz konusu olabilir ya da her zaman genel hükümler bulunmayabilir³⁷⁴. Bu bakış açısından yola çıkılarak, anayasal hakların koruma işlevi (*Schutzgebotfunktion*) tesis edilerek, dolaylı yatay etki teorisi genişletilmiştir³⁷⁵.

(4) Koruma Yükümlülüğü Teorisi

Anayasal hakların yatay etkisine ilişkin ileri sürülen teorilerden biri de devletin anayasal hakları koruma yükümlülüğü (*Schutzpflicht*) teorisidir³⁷⁶. Bu teoriye göre, devletin, bireylerin anayasal haklar tarafından korunan hukuki değerlerini sadece kamu gücünü kullananlara karşı değil, aynı zamanda vatandaşlar arası ilişkide, diğer bireylerin haksız müdahalelerine karşı da genel bir koruma yükümlülüğü vardır³⁷⁷.

³⁷¹ Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 68; Gardbaum, “The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights”, 403. Federal Anayasa Mahkemesi’nin, belirsiz kavramların anayasal hakların özel hukukta geçiş noktası olduğuna dair *Lüth* kararındaki görüşlerinin yer aldığı birçok başka karar için bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 14 (dp. 50).

³⁷² Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 38.

³⁷³ *Ibid.*, 38-39.

³⁷⁴ Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, no. 3 (1984): 223.

³⁷⁵ *Schutzpflicht*’in gelişiminde, hala dolaylı etkiden bahsedilip bahsedilemeyeceğine dair bkz. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1 (München: Beck, 1988), 1560 vd. Aslında biz bu ikisi arasındaki farkı aşağıda, “Koruma yükümlülüğü teorisi ile yatay etki doktrini arasındaki ilişki” adlı başlıkta tartışıyoruz.

³⁷⁶ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 11; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 17; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 55. Bu teoriye dair Alman literatürü için bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 11.

³⁷⁷ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 11; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 55. Alman Anayasasında, anayasal korumanın bu boyutu başka maddelerde (m. 1/1 cümle 2, m. 6/1, m. 4, m. 20) de söz konusudur. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 11-12; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”,

(a) Koruma Yükümlülüğünün Muhatapları

Koruma yükümlülüğünün muhatabı sadece kamu güçleridir³⁷⁸. Birçok modern anayasa, haklardan yararlanmayı sağlama, hakları koruma ve geliştirme görevini yasama ve yürütme organlarına, bunu denetleme görevini ise yüksek derece ve anayasa mahkemelerine vermektedir. Böylece devletin çatışmayı çözme yükümlülüğü yasama yoluyla, idari ya da yargısal kararlarla yerine getirilmektedir³⁷⁹.

Her ne kadar anayasal hakları koruma yükümlülüğünden, tüm devlet organları sorumlu olsa da (GG madde 1/3)³⁸⁰ birincil derecede³⁸¹ sorumlu organ, anayasaya uygun yasalar oluşturma yükümlülüğünü taşıyan yasa koyucudur. Sahip olduğu anayasal hakları koruma fonksiyonu nedeniyle, anayasal hak çatışmalarının önleme görevi, öncelikle yasama organına aittir³⁸². Çalışmamızın devamında detaylı şekilde ortaya koyacağımız üzere, yasa koyucu yasa kaydı içeren anayasal hakları sınırlayarak çatışan hak iddialarını birbiriyle bağdaştıracaktır³⁸³, yasa yapma ödevinin bir gereği olarak çatışan hakları olabildiğince birbirine göre düzenleyip, bunlar arasında özenli bir denge kurmak için norm istihraç edecektir³⁸⁴.

Uygulamaya bakarsak, anayasal hak çatışmalarının önemli bir kısmının, teori ve uygulama anayasal sorunların farkında bile olmadan, çoğunlukla özel hukukta zaten tatmin edici bir şekilde çözüldüğünü fark ederiz³⁸⁵. Örnek olarak, aile hukuku

55. Koruma yükümlülüğüne dair ayrıca bkz. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 155 (para. 350); Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, 225 vd.; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 39. Koruma yükümlülüğü doktrini, “üçüncü taraf etkisi” ile beraber yatay etki doktrinini de ret eden Alman hukukçu Canaris tarafından savunulmuştur. Beckmann *et al.*, “Germany”, 272.

³⁷⁸ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 455. Devlet, bireyin haklarını, üçüncü kişiler tarafından tecavüze uğramadan önce korumakla yükümlüdür. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 12; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 39; Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, 226 vd.; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1560; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 18.

³⁷⁹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 35.

³⁸⁰ Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 155.

³⁸¹ Köküarı'nın ifadesiyle açıklarsak; “kurulmuş bir iktidar olarak yasama organının ‘yasal tercihi’ de, çatışmaların çözümünde diğer organlara göre önceliklidir.” Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 127. Ayrıca BVerfGE 39, 1 (43)(*Schwangerschaftsabbruch I*) (Kürtaja ilişkin ilk karar): “(Yasama organı), yaşamın etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için hangi koruyucu önlemleri uygun ve gerekli gördüğüne karar verir.”

³⁸² Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 19.

³⁸³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 35.

³⁸⁴ RUFNER, “Grundrechtskonflikte”, 472.

³⁸⁵ *Ibid.*

kapsamında eşlerin haklarına, evliliğin korunmasına ve eşitlik konusundaki çatışmalara yönelik düzenlemelerin yanı sıra, ebeveyn hakları ile çocukların anayasal hakları arasındaki ilişkiye dair yasal düzenlemelerden bahsedebiliriz³⁸⁶. Keza yasa koyucu gerek borçlar hukuku, gerek eşya hukuku kapsamında kimi hususlarda çatışacağını öngördüğü çıkarları denkleştirecek düzenlemeler yapmaktadır³⁸⁷. Yasama organının işçinin işveren karşısında zayıf konumda olduğu iş hukuku ilişkilerinde³⁸⁸ veya tüketicilerin korunması alanında ya da zayıf konumda olan kiracının menfaatini dikkate alarak kira hukukunda yaptığı düzenlemeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir³⁸⁹.

Yasama organı, yukarıda bahsettiğimiz düzenlemeleri yaparken anayasal hakları zedelememeye dikkat etmelidir. Aksi takdirde, yasa koyucunun özel hukuk düzenlemesinin iptal edilmesi gündeme gelmekte³⁹⁰ ve yargı organı devreye girmektedir. Yasa koyucu, takdir yetkisini kullanırken, çatışan tüm anayasal hak ve menfaatleri dikkate almamış veya yanlış değerlendirmeden ötürü hakların dengelenmesini yeterince sağlayamamışsa, hakim önüne gelen hukuki uyumsuzluk için belirleyici olan özel hukuk normlarını, anayasaya (dolayısıyla anayasal haklara) uygun yorumlayacak ve böylece anayasal hakların koruyucu işlevini yerine getirecektir³⁹¹. Dolayısıyla koruma yükümlülüğü savunucularına göre, anayasal haklar ışığındaki böyle bir yorum, yatay etkinin savunduğu üzere değerlere göre doldurulacak genel kavramlarla sınırlı kalmayacak, aksine tüm özel hukuk normları anayasal hak değerlendirmelerine açık olacaktır³⁹².

(b) Koruma Yükümlülüğü Teorisinin Ortaya Çıkışı

Federal Anayasa Mahkemesinin, koruma yükümlülüğüne değindiği kararlarını ele almadan önce, açıkça adlandırılmasa da koruma yükümlülüğü düşüncesinin yansıdığı ve

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 35.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 130.

³⁹⁰ Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 19.

³⁹¹ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 12, 34-35; Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 84, 110; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 18-21; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 159 (para. 354); Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 39, 40. Ayrıca Martin, *Grundrechtskollisionen*, 132; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 16-17, 21-22. Yargının koruma yükümlülüklerine dair daha ayrıntılı bilgiler için bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 132.

³⁹² Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 39.

anayasal hakların üçüncü taraf etkisi açısından önemli bir karar olan 1969 yılındaki *Blinkfuer* kararına³⁹³ bakalım.

Davada başvuru, *Blinkfuer*'in yayıncısı ve şef redaktörüdür. Esas olarak Hamburg çevresinde basılan bu haftalık gazetenin ekinde, Batı ve Orta Almanya dışında Doğu Berlin'den yapılan radyo ve TV yayınlarına da yer verilmiştir. *Axel Springer*, *Hammerich & Lesser* ve *Die Welt* gibi gazete ve dergi pazarında hakim konumda olan yayın evleri, *Blinkfuer*'in yaptığı gibi, Berlin Duvarı yapıldıktan sonra 1961 Ağustosunda Hamburg'taki gazete ve dergi satıcılarını, Doğu Almanya'da medyanın propaganda amacıyla kullanıldığı gerekçesiyle Doğu bölümündeki radyo ve televizyon programlarına yer veren gazeteleri boykot etmeye çağırmıştır. Bu boykot çağırısı, bir nevi ticari ilişkileri sonlandırma tehdidiyle yapılmıştır³⁹⁴. Dolayısıyla davanın konusu, ekonomik güç aracılığıyla uygulanacak siyasi saiklere dayalı bir çağrıdır. Davada bir basın teşebbüsünü boykot etmenin basın özgürlüğü hakkını ihlal ettiği ve düşünce özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağı kararı verilmiştir. Basın özgürlüğünün, “basının, ekonomik baskı yoluyla fikirler arasındaki rekabeti ortadan kaldırma girişimlerine karşı korunmasını” gerektirdiği belirtilmiştir³⁹⁵.

Blinkfuer kararında, koruma yükümlülüğü öğretisi o dönem henüz gelişmediği için, koruma yükümlülüğünün ihlali düşüncesine açıkça yer verilmemiştir. Ancak kararın gerekçesi, daha sonra geliştirilen koruma yükümlülüğü öğretisi ile uyumaktadır. Zakariás'ın deyişiyle, “bugünkü bakış açısından dava, mahkemelerin *Blinkfuer*'e karşı sahip olduğu koruma görevinin ihlali olarak görülecektir”³⁹⁶.

Bağımsız bir koruma yükümlülüğü teorisi ise, 1975 yılındaki *Schwangerschaftsabbruch I* kararından³⁹⁷ (kürtaja ilişkin birinci karar) bu yana, FAYM

³⁹³ BVerfGE 25, 256 (*Blinkfuer*). Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 151.

³⁹⁴ BVerfGE 25, 256. Kararın ayrıntıları ve özellikle sosyal devlet açısından değerlendirilmesi için bkz. Gören, *Sosyal Devlet*, 8-9.

³⁹⁵ BVerfGE 25, 256 (268). Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 152. *Blinkfuer* kararı ile Federal Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü konusunda önemli bir içtihat ortaya koymuştur. Kararda Mahkeme, ekonomik baskı ile bağlantılı boykot çağrılarını *a priori* olarak Anayasa madde 5/1'in birinci cümlesinin koruma alanının dışında tutmuştur. BVerfGE 25, 256 (265). Bkz. Wolfgang Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43, no. 2 (2004): 172-173.

³⁹⁶ Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 152.

³⁹⁷ BVerfGE 39, 1.

tarafından kabul görmektedir³⁹⁸. Bu kararda Federal Anayasa Mahkemesi, hamileliğin ilk on iki haftasında yapılan herhangi bir kürtajı suç olmaktan çıkararak kanunu³⁹⁹ anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Schwangerschaftsabbruch I kararında Federal Anayasa Mahkemesi, anayasal hakların devlete koruma yükümlülüğü yüklediğini, dolayısıyla devletin bireyin haklarını sadece devletin organlarına karşı değil, bireylerin saldırılarına karşı da korumak zorunda olduğunu kabul etmiştir⁴⁰⁰. Buna göre, ceninin hak sahibi olarak kabul edilmemesi halinde bile anayasal haklar objektif değer hükümleri taşıdıkları için buradan koruma yükümlülüğü doğar⁴⁰¹. Alman Anayasa Mahkemesi, ceninin, Anayasanın 2’nci maddesinden kaynaklanan yaşam hakkını ve 1’inci maddesinden doğan onur ve haysiyet hakkını tanımıştır⁴⁰². Bunlar, devletin yaşam hakkına ve insan onuruna saldırmasını engellemekle kalmayıp, bireylerin hukuka aykırı saldırılarına karşı koruma yükümlülüğünü de gerektirmektedir⁴⁰³.

“Üstün değer” (*Höchstwert*) olarak yaşam hakkının ciddiye alınması gerektiği düşüncesinde olan FAYM, gerekli devlet korumasının söz konusu olup olmadığının ve bu korumanın nasıl geliştirilebileceğinin, “zaten temel hak normlarının nesnel-hukuki içeriğinden” çıkarılabileceği düşüncesindedir⁴⁰⁴. Devletin koruma görevi, “bu hayatı korumak ve geliştirmek, yani her şeyden önce başkalarının yasa dışı müdahalelerinden koruma”yı içermektedir⁴⁰⁵.

Schwangerschaftsabbruch I kararının konusuna bakarsak; burada annenin yaşamına ve fiziksel bütünlüğüne (GG madde 2/1) ve mahremiyet alanına (madde 2/1 ile bağlantılı olarak madde 1/2) dair anayasal hakkı ve genel hareket özgürlüğü hakkı (madde

³⁹⁸ Beckmann *et al.*, “Germany”, 272; Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 153-154.

³⁹⁹ Donald. P. Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, içinde *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, ed. Jeffrey Goldsworthys (Oxford University Press, 2006), 181.

⁴⁰⁰ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 14. Ayrıca Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 154.

⁴⁰¹ BVerfGE 39, 1 (41); BVerfGE 88, 203 (251 vd.) (*Schwangerschaftsabbruch II*) (İkinci Kürtaj Kararı). Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15. FAYM’nin, koruma yükümlülüğünü, haklarda yer aldığını varsaydığı “değer”den yola çıkarak kabul ettiğine dair bkz. Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 180-181.

⁴⁰² BVerfGE 39, 1 (41). Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15; Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 154.

⁴⁰³ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15.

⁴⁰⁴ BVerfGE 39, 1 (42). Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 154.

⁴⁰⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

2/2) ile ceninin yaşam hakkı arasında çatışma vardır⁴⁰⁶. Bu kararda Federal Anayasa Mahkemesi, insan onuru değerinden gelen yaşam değerinin, kişiliği geliştirme hakkından önce geldiğini belirtmiştir. Ancak dengeleme sürecinde hamilelerin haysiyet veya kişilik haklarını tamamen reddetmemiştir. Çünkü Mahkeme teyit edilmiş zor durumlarda, hamilelerin haysiyet ve kişilik haklarıyla ilgili olarak kürtajın suç olmaktan çıkarılmasının gerekebileceğine karar vermiştir⁴⁰⁷. Federal Anayasa Mahkemesi, “anayasanın gerektirdiği koruma başka bir şekilde sağlanamazsa”, yasama organının cezai hükümler çıkarma yükümlülüğünü kabul etmiştir⁴⁰⁸. Ancak, ceza hukuku normlarının kullanılması zorunlu değildir. Doğmamış yaşamı korumayı amaçlayan diğer yasal önlemler, benzer bir koruma düzeyine karşılık geliyorsa, bu şekilde de anayasal koruma hakkı karşılanabilir⁴⁰⁹.

Schwangerschaftsabbruch I kararı, hem cenin lehine koruma görevi hem de annenin savunma hakkı ile bağlı olan devletin, bu üçlü kutuptaki üçüncü nokta olduğunu göstermektedir⁴¹⁰. Bu ilişkide, anayasal hak sahipleri arasında pozitif bir hak ve ödev ilişkisi yer almamakla birlikte, anayasal hakları korunmaya ihtiyacı olanlar ile hakları ihlal edenlerin arasında bir tür “dolaylı üçüncü kişi etkisi” gelişmektedir⁴¹¹. Dolayısıyla koruma görevi, üçüncü taraf etkisi hususuna dayanmaktadır. Anayasal hak, koruduğu menfaatin ihlalini yasakladığı için bu çok kutuplu gerilimi çözmek, devletin görevi haline gelmektedir⁴¹².

1993 yılındaki *Schwangerschaftsabbruch II* (kürtaja ilişkin ikinci karar), Alman Anayasasının 2’inci maddesinin ikinci fıkrasındaki ikinci cümleden ve 1’inci maddesinin

⁴⁰⁶ Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 154.

⁴⁰⁷ Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 181. Kommers’a göre bu durumda subjektif hak (hamilelerin hakkı) nesnel bir değeri (yaşam değerini) alt etmiştir. Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 181. Mahkemenin kürtajın meşru hal alabileceğini kabul ettiği “haller; ananın hayat ve sağlığının tehlikeye düşmüş olması, çocuğun muhtemel olarak fizik ya da akli bozukluklar ile doğabilmesi, hamileliğin bir cürüm sonucu meydan(a) gelmiş bulunmasıdır.” Burcu Dönmez, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2, 2007: 100-101 (dp. 7). Bunun dışında Mahkeme, hamile kadının kürtaj yapılmasından başka şekilde çözülemeyecek büyük zorluklarla karşılaşması halini de kürtaj için meşru bir hal olarak kabul etmiştir. Dönmez, “Cenin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili”, 101 (dp. 7).

⁴⁰⁸ BVerfGE 39, 1 (47). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 149.

⁴⁰⁹ BVerfGE 39, 1 (46) 24; BVerfGE 88, 203 (264 vd., 270 vd). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 149.

⁴¹⁰ Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 154-155.

⁴¹¹ *Ibid.*, 155.

⁴¹² *Ibid.*

birinci fıkrasından kaynaklanan, devletin ceninin yaşam hakkını koruma ve teşvik etme yükümlülüğü ile hamile kadının anayasal haklarını koruma yükümlülüğü arasındaki çatışmaya dairdir. Mahkemenin deyimiyle, karara konu olan yaşamın kendisi olduğu için burada “orantılı bir denge”den (*verhältnismäßigen Ausgleich*) bahsedilemez⁴¹³. Bu kararda, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasal bir hakkın yetersiz korunmasına ilişkin yasağı yani asgari derecede (*Untermassverbot*) koruma yükümlülüğünü, bir ölçüt olarak ekleyerek⁴¹⁴ yasal testi ayrıntılandırmıştır⁴¹⁵. FAYM’ye göre, yasama organı bu yasak bakımından anayasal denetime tabidir⁴¹⁶. Bu ölçütle beraber, aslında yalnızca tamamen uygunsuz veya tamamen yetersiz koruyucu önlemlerin, insan yaşamının korunması hakkının uygulanmasında yeterli olmadığı belirtilmiştir⁴¹⁷.

Doktrinadaki hakim görüşe göre⁴¹⁸, ceninin hakları da annenin saldırılarına karşı korunmalıdır⁴¹⁹. Her kürtajın, ceninin haklarına karşı saldırı olarak kabul edilmesi halinde, kürtaj her durumda hukuka aykırı hale getirilmiş olmaktadır⁴²⁰. Ancak annenin de dikkate alınıp korunması gereken anayasal hakları vardır. Bunun için hamileliğin devamının, annenin yaşamını tehlikeye düşürüp düşürmeyeceği, kürtajın yapılıp yapılamayacağı ve ne zaman yapılacağı vb. durumlar ölçüt oluşturmaktadır. Annenin yaşamını tehlikeye sokacak olan durumda hamileliğin devamı beklenemeyecek; yaşam hakkı, kürtajın sınırını çizecektir⁴²¹.

⁴¹³ BVerfGE 88, 203, (255).

⁴¹⁴ BVerfGE 88, 203 (254). Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 158.

⁴¹⁵ Christian Bumke ve Andreas Voßkuhle, *German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles* (Oxford University Press, 2019), 73.

⁴¹⁶ BVerfGE 88, 203 (254)

⁴¹⁷ BVerfGE 88, 203 (262). Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 159; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 144.

⁴¹⁸ Alman Anayasa Mahkemesi, ceninin hak sahibi olup olmayacağı ve yaşam hakkına sahip olup olmadığı hususunu bazı kararlarında (BVerfGE 39, 1 (41); BVerfGE 88, 203 (251 vd.)) netleştirmemiştir. Ceninin yaşam hakkı olup olmadığı hususunda her hukuk düzeni farklı uygulamaya sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında açıkça ceninin yaşam hakkı olduğunu belirlemeyip, her ülkenin farklı düzenleme yapabileceği bir alan tanımaktadır. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15 (dp. 54).

⁴¹⁹ Ceninin hak sahibi olmadığı kabul edilse bile anayasal haklar nesnel değer hükümler taşıdıkları için buradan yine koruma yükümlülüğünün ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. BVerfGE 39, 1, 41; BVerfGE 88, 203 (251 vd.). (Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15 (dp. 55)).

⁴²⁰ BVerfGE 39, 1, 44; BVerfGE 88, 203 (255). Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15 (dp. 57).

⁴²¹ BVerfGE 88, 203, 256. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15.

FAYM açıkça annenin anayasal haklarına vurgu yaparak, yasa koyucunun, kürtaja ilişkin düzenlemeler yaparken, gerek ceninin gerekse de annenin anayasal haklarını dikkate alması ve her iki tarafın da anayasal haklarını dengelemesi gerekliliğine dikkat çekmiştir⁴²². Bu kararda Anayasa Mahkemesi böylece yasa koyucunun temel hakları koruma yükümlülüğüne dikkat çekmiş, bu yükümlülüğün yasa koyucu tarafından yerine getirilmemesi halinde, temel hakları korumanın mahkemelere kaldığını belirtmiştir⁴²³.

(c) *Yasama ile Yargının Etkileşimi Çerçevesinde Koruma Yükümlülüğüne Dair Örnek Kararlar*

Aşağıda koruma yükümlülüğüne dair ele alacağımız kararlar verildikten sonra, yasa koyucu tarafından, kararlara konu olan ilgili yasalarda düzenlemelerin yapıldığını göreceğiz. Bu durum, çatışma çözümünde yasamanın yargı ile etkileşim içerisinde olduğunu⁴²⁴ göstermektedir. Çalışmanın devamında, başka yerlerde de vurgulayacağımız üzere, yasama organı potansiyel çatışmayı önlemeye çalışmaktadır. Dolayısıyla yasama, olay gerçekleşmeden önce (*ex ante*), soyut düzenlemeler yapmaktadır. Yargı ise çatışmayla karşılaşp karşılaşmadığını somut bir davada, olay sonrası (*ex post*) belirlemekte ve çatışmayı buna göre çözmektedir⁴²⁵. Dolayısıyla bir yandan belirli kişiler hakkındaki çatışmaları çözen yargı ile öte yandan çatışmaları önlemeye, azaltmaya ve/veya henüz belirsiz hak sahipleri arasındaki çatışmaları soyut düzeyde çözmeye çalışan yasama organı arasında etkileşim olması⁴²⁶ olağandır. Bunu, koruma yükümlülüğü teorisine başvuru bazı örnek kararlarla beraber, daha net göreceğiz.

Anayasa Mahkemesinin koruma yükümlülüğüne ilişkin verdiği kürtaj kararının yanı sıra, acentelerin rekabet etme yasağı, kefalet sözleşmesi kararı, evlilik dışı doğan çocuğun velayet kararı, evlilik ve boşanmaya ilişkin diğer kararları da dikkate alınacak

⁴²² Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 15-16. 27 Temmuz 1992 yılında yapılan kanunda kürtajın cezalandırılmasına ilişkin bu karardaki düşünceler de dikkate alınarak değişiklik yapılmıştır. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 16 (dp. 60).

⁴²³ *Ibid.*, 16. Kürtaj kararı sonrasında Alman hukukunda, hamileliğin ilk aşamasında herhangi bir gerekçe olmaksızın hamileliğin sonlandırılması ceza yaptırımından muaf tutulmuştur. Fakat hamileliğin ilk aşamasında sonlandırmak, annenin bir uzmandan görüş alması şartına bağlanmıştır. Kürtaja ilişkin bkz. Alman Ceza Kanunu 218a fıkra 1 ve 219. *Ibid.*

⁴²⁴ Stijn Smet, *Resolving Conflict between Human Rights: The Judge's Dilemma* (New York: Routledge, 2017), 8.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.* Özellikle dengeleme anlamında yasama ve yargı organlarının işleyişleri arasındaki fark için bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 131-132.

önemli kararlardır⁴²⁷. Bunlardan birkaçına aşağıda yer vererek, devletin koruma yükümlülüğünün, çatışma (ve çözümü) ile ilişkisini daha net bir şekilde ortaya koyacağız.

Koruma yükümlülüğü teorisi, bir dizi kararlar Alman Anayasasının 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının kapsamını aşan şekilde tanınmıştır⁴²⁸. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 1989 yılında *Handelsvertreterentscheidung*⁴²⁹ (acentelerin rekabet etme yasağına dair karar) kararında, uzun zamandır başka bağlamlarda geliştirmiş olduğu koruma yükümlülüğü dogmatik çerçevesini⁴³⁰ özel hukuktaki ödevler bağlamında da ayrıntılı olarak geliştirmiştir⁴³¹.

Die Handelsvertreterentscheidung kararında FAYM, şarap üreticisi olan işletme sahibi ile acente arasında düzenlenen sözleşmenin dayandığı Alman Ticaret Kanunu'nun 90a/2 maddesinin, anayasaya uygunluğunu değerlendirmiştir⁴³². Bu maddeye dayanan sözleşmenin hükümleri, sözleşme ilişkisinin acentenin kusurlu davranışı sonucunda haklı olarak sona ermesi halinde, acenteye sözleşmenin sona ermesinden itibaren 2 yıl rekabet etmeme yükümlülüğü yüklemektedir. FAYM, acentelerin sözleşme sonrası rekabet etme yasağını düzenleyen yasa koyucunun, işletmeler için yeterli bir hareket alanı bırakırken aynı zamanda acenteler açısından kısıtlı pazarlık gücünü dikkatli dengelemesi gerektiğine dikkat çekerek, ilgili hükmü, Federal Alman Anayasasının meslek özgürlüğünü düzenleyen 12'nci maddesine aykırı bulmuştur⁴³³.

FAYM, sözleşmeyi fesheden işletmenin haksız rekabet nedeniyle mağdur duruma düşmesini engellemek amacıyla tazminat yükümlülüğünün bertaraf edilmesini, bir tarafın anayasal haklarını fazlaca sınırlaması nedeniyle orantısız bulmuştur⁴³⁴. Davacı acenteci için öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğü, zaman ve konu açısından o kadar geniş tutulmuştur ki adeta mesleki faaliyetlerinde var olma imkânını ortadan kaldırmıştır.

⁴²⁷ Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 16-24.

⁴²⁸ Zakariás, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 163.

⁴²⁹ BVerfGE 81, 242 (253 vd.).

⁴³⁰ Bkz. BVerfGE 39, 1 (41 vd.). Classen, "Die Drittwirkung der Grundrechte", 68-89.

⁴³¹ Classen, "Die Drittwirkung der Grundrechte", 68-89.

⁴³² Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 16-17.

⁴³³ *Ibid.*, 18. Ayrıca bu karar için bkz. Zakariás, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 163.

⁴³⁴ Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 18. BVerfGE 81, 242 (260 vd.) Söz konusu norm 1.7.1998'de yürürlükten kaldırılmıştır. Belling, Herold ve Kneis, "Die Wirkung der Grundrechte", 67.

Üstelik gerçekleşecek zararların giderimi için tazminat ödemesi de söz konusu değildir. Dolayısıyla bir tarafta sözleşme özgürlüğünün, diğer tarafta çalışma özgürlüğünün (GG madde 12) yer aldığı bu çatışmada, çalışma özgürlüğü orantısız şekilde sınırlanmıştır. Oysa FAYM'ye göre, özel hukuk ilişkilerinde dahi, bireylerin anayasal hak ve özgürlükleri mutlaka göz önünde tutulmalıdır. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü anayasaya bağlılığı ortadan kaldırmaz⁴³⁵.

FAYM'nin taraflar arasındaki güç dengesizliği durumunda talep ettiği bu sözleşme denetimi, Zakariás'a göre "sözleşme hukuku için anayasal olarak gerekli olan asgari korumayı genel bir forma getirme girişimi olarak anlaşılabilir"⁴³⁶. Acentelerin rekabet etme yasağına ilişkin kararında FAYM, bir sözleşmede taraflardan biri tek taraflı kuralları belirleyecek güçte ise artık devletin, dengeleyici düzenlemelerde bulunmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Anayasal hakları koruma yükümlülüğünü, özel hukuk araçlarıyla hayata geçirmek hakime kalmaktadır⁴³⁷. Netice itibarıyla, bu kararın etkisiyle ilgili madde kaldırılmış ve Alman Ticaret Kanununa, acente ile rekabet etme yasağına ilişkin olarak uygun bir tazminat ödeme yükümlülüğü eklenmiştir⁴³⁸.

1997 yılındaki *Vaterschaftsaskunft* kararında (babalık bilgisine ilişkin karar), annenin gayri meşru yetişkin çocuğuna biyolojik babası hakkında bilgi vermesinin gerekip gerekmediği ve bu nedenle annenin genel kişilik hakları ile çocuğun genel kişilik haklarının çatışıp çatışmadığı sorusu ele alınmıştır⁴³⁹. Mahkeme gayri meşru bir çocuğun babasına isim vermek için annesine karşı bilgi alma hakkına sahip olup olmadığı konusunda temel hakların belirli bir sonucu öngörmediğine ve bu noktada Bölge Mahkemesinin, anne ile çocuğun temel haklarını tartarken geniş takdir yetkisine sahip olduğuna dair yanlış bir değerlendirmede bulunduğu dikkat çekmiştir. Bu kararda FAYM, yasa koyucunun bireyin haklarını başka hakların saldırılarına karşı yeterince koruyamaması halinde, koruma yükümlülüğünün mahkemeler aracılığıyla yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁴⁰.

⁴³⁵ BVerfGE 81, 242 (254). Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 17.

⁴³⁶ Zakariás, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 164.

⁴³⁷ Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 17.

⁴³⁸ *Ibid.*, 18.

⁴³⁹ BVerfGE 96, 56 (64) (*Vaterschaftsaskunft*).

⁴⁴⁰ BVerfGE 96, 56 (64). Belling ve İnce, "Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", 18-19; Zakariás, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 164. Neticede Mahkeme, bu davada

Gerek acentelerin rekabet etme yasağına ilişkin kararda, gerekse de hemen aşağıda inceleyeceğimiz kefalet sözleşmesi kararında FAYM, özel hukuk ilişkisinde her iki tarafın da hakkını koruması gereken yasa koyucunun⁴⁴¹, anayasal haklarını yeterince koruyamaması halinde devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmenin mahkemelere düştüğünü ortaya koymuştur⁴⁴².

Çoğunlukla 21 yaşını doldurmamış ve genellikle işsiz veya vasıfsız eleman olarak çalışan aile gençlerinin kefilliğinin söz konusu olduğu duruma ilişkin olarak Alman Temyiz Mahkemesi, kefalet sözleşmesindeki miktarın çok yüksek olmasının, tek başına, kefalet sözleşmesini kendiliğinden hukuka aykırı hale getirmeyeceği kanaatine varmıştır⁴⁴³. Oysa sözleşme özgürlüğünün sınırlarının anayasal haklarla çizildiğini belirten Federal Anayasa Mahkemesi, 1993'teki kararıyla, hukuk mahkemesinin anayasal hakları koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine kanaat getirmiştir⁴⁴⁴. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasanın anayasal haklar bölümünde hukukun her alanı için geçerli olan değer yargılarının, ilgili hukuk dalında mevcut hükümler aracılığıyla uygulanacağını vurgulamıştır. Bu değer yargıları medeni hukukta özellikle genel (çerçeve) hükümlerin yorumunda etkilidir. Alman Medeni Kanununda çok genel şekilde formüle edilmiş 138'inci ve 242'nci maddelerde ahlaka aykırılık ve dürüstlük kuralına atıf yapılmıştır. Mahkemelerden beklenen, anayasanın temel ilkeleriyle belirlenmiş değer yargıları ile bu maddeleri somutlaştırmalarıdır. Hukuk mahkemeleri, çerçeve hükümlerini yorumlarken anayasal hakları “yönerge” olarak kullanmak ve özel hukuk ilişkilerinde (bu kararda örneğin GG madde 2'de güvence altına alınan kişisel özerklik⁴⁴⁵) anayasal hakları dikkate almak zorundadırlar. Anayasal haklar yeterince dikkate alınmadan taraflardan biri aleyhine hüküm verilmesi halinde, ihlal söz konusu olabilecektir⁴⁴⁶.

başvurucunun çocuğunun olası babalarına ilişkin bilgileri vermesine zorlanmasına dair kararı bozmuştur.

⁴⁴¹ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 35.

⁴⁴² *Ibid.*, 18-19. Bu yönde bkz. BVerfGE 96, 56 (64).

⁴⁴³ BGHZ 106, S. 269; BGH NJW 1989, S. 1605'ten aktaran Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 19.

⁴⁴⁴ BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaftsverträge*).

⁴⁴⁵ Nihayetinde FAYM, başvurunun GG madde 1/1 ve 2/2'den doğan hakları ile sosyal devlet ilkesini düzenleyen 20'nci maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 20.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, 19-20.

Koruma yükümlülüğünün gündeme geldiği bir diğer karar, evlilik dışı doğan çocuğun velayetine dairdir. 1 Temmuz 1970 yılından itibaren, Almanya’da evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkı annede iken, baba ancak 1 Temmuz 1998 yılından itibaren istisnai durumda ve annenin onayıyla velayet hakkına sahip olma imkânına kavuşmuştur⁴⁴⁷. FAYM, 2003 yılındaki bir kararında, annenin onayıyla babaya velayet hakkı tanıyan hükmün, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁴⁸. FAYM’ye göre, evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin sadece anneye verilmesi, kural olarak babanın velayet hakkının devri olmadığı için Anayasanın ailenin korunmasına yönelik 6’ncı maddesine aykırılık oluşturmaz⁴⁴⁹. İki tarafın da velayetinin kullanması annenin ve babanın anlaşmalarıyla mümkün olduğu için, bu durum anayasal haklara aykırılık teşkil etmez⁴⁵⁰. Mahkemenin burada dikkate aldığı, anne ile baba arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar karşısında çocuğun esenliğini korumaktır. Mahkeme evli olmayan çiftlerde velayetin anneye verilmesinin bu tür bir anlaşmazlığı önleme amaçlı olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bu konuda kesin bir sonuca varmamış, yasa koyucunun bu maddeyi öngörürken dikkate aldığı gerekçelerin ileride anayasaya aykırılık teşkil edebileceği uyarısında bulunmuştur⁴⁵¹.

Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi bu karardan yalnızca yedi yıl sonra, 2010 yılındaki *Elternrecht des Vaters*⁴⁵² (Babanın Velayet Hakkı) kararında, babanın velayet hakkını kullanmasının annenin onayına bağlı olmasının ve bunun uygunluğunun mahkemece gözden geçirilememesinin, babanın, Anayasanın 6’ncı maddesinden kaynaklanan velayet hakkına aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir⁴⁵³. Bunun sonucunda, Alman Medeni Kanununda 16.4.2013 yılında yapılan değişiklik (madde 1626a) ile çocuğun esenliğine aykırı olmadıkça, her iki tarafın velayet hakkı tanınmıştır⁴⁵⁴. Tam bir anayasal hak çatışması örneği teşkil eden bu kararda Mahkeme, tarafların menfaatleri ve anayasal haklarını; annenin velayet hakkının yanı sıra, evlilik dışı doğan çocukların da

⁴⁴⁷ *Ibid.*, 21.

⁴⁴⁸ *Ibid.* İlgili karar BVerfGE 107, 150 (*Sorgeerklärungen*).

⁴⁴⁹ BVerfGE 107, 150 (175).

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 22.

⁴⁵² BVerfGE 127, 132 (*Elternrecht des Vaters*).

⁴⁵³ BVerfGE 127, 132 (141 vd. 151 vd). Bu kararın sebebi, AİHM’nin, ilgili hükmü (o dönem Alman Medeni Kanunu m. 1626a/1 (1)) Sözleşmenin 14’üncü maddesine aykırı bulması yatmaktadır. AİHM, *Zaunegger v. Almanya*, 22028/04, 03.12.2009’ten belirten Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 22.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, 23.

gelişimi ve eğitimi için babaya olan ihtiyacını ve babanın, Anayasanın 6'ncı maddesinden kaynaklanan velayet hakkını dikkate almıştır⁴⁵⁵.

Görüleceği üzere Federal Anayasa Mahkemesi, anayasal hak sahiplerinin yaşam ve fiziksel bütünlüklerinin korunmasıyla ilişkili olarak devletin koruma yükümlülüğünün kabul edildiği zengin bir içtihadı sahiptir. Yukarıda değindiğimiz kararların yanı sıra Mahkeme, uçak gürültüsünün⁴⁵⁶ veya karayolu trafik gürültüsünün sağlığı tehdit edici etkilerinden⁴⁵⁷, terörist tehditlerinden⁴⁵⁸ korumaya veya gece vakti çalışma yasaklarına dair⁴⁵⁹ birçok konuda devletin koruma yükümlülüğü kabul edilmiştir⁴⁶⁰. Devletin özellikle teknik gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan yeni tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü vardır ki bu nükleer enerji santrallerinin işletilmesinden⁴⁶¹, kimyasal silahların depolanmasından⁴⁶² doğabilecek tehlikeler için uygun önlemler almaya kadar uzanan bir listeyi içermektedir⁴⁶³. Genel olarak Mahkeme, koruma yükümlülüğü gerektiren anayasal hakların kapsamının belirlenmesi noktasında bir dizi özel kriter geliştirmektedir: “Böyle bir belirlemenin anayasal olarak gerekli olup olmadığı, ne zaman

⁴⁵⁵ *Ibid.* Bkz. BVerfGE 127, 132 (152).

⁴⁵⁶ BVerfGE 56, 54 (78) (*Fluglärm*). Kararın genel bir değerlendirmesi için bkz. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 162.

⁴⁵⁷ BVerfGE 79, 174 (201, 202). (*Straßenverkehrslärm*).

⁴⁵⁸ BVerfGE 46, 160 (164) (*Schleyer*). Gerçek anayasal hak çatışmasına örnek oluşturmamakla beraber, *Schleyer* kararı da koruma yükümlülüğünün gelişimi için önemlidir. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 160 (dp. 80). Karara konu olay RAF üyelerinin, Devletten hapisteki arkadaşlarını serbest bırakmaları talebiyle bir sanayiciyi kaçırmalarına ilişkindir. Kaçırılan sanayicinin yakınları, hükümete kaçırılanların taleplerini yerine getirmeleri yönünde yükümlülük yüklemesi amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır. Bu karardaki önemli husus, devletin koruma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceğine dairdir. Bu noktada FAYM hükümetin göstermesi gereken tepkiyi belirlemeyi reddetmiştir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 109. FAYM rehine için etkili korumanın gerektiği bu olayda, yasama organının önceliğine başvurmaksızın tüm devlet organlarının koruma yükümlülüğünün muhatabı olduğunu açıklamıştır. BVerfGE 46, 160 (164). Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 160.

⁴⁵⁹ BVerfGE 85, 191 (212) (*Nachtarbeitsverbot*); BVerfGE 87, 363 (386) (*Sonntagsbackverbot*).

⁴⁶⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 26.

⁴⁶¹ BVerfGE 49, 89 (142) (*Kalkar I*); BVerfGE 53, 30 (57) (*Mülheim-Kärlich*). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 26. Bu konuda özellikle *Kalkar* kararı (BVerfGE 49, 89) ve nükleer enerjinin kullanımı için anayasal çerçeveyi tanımlama fırsatı veren *Mülheim-Kärlich* kararının (BVerfGE 53, 30) önemi için bkz. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 161.

⁴⁶² BVerfGE 77, 170 (214) (*Lagerung chemischer Waffen*). Özellikle koruma yükümlülüğünün ihlalini, anayasal hakkın ihlali olarak kabul eden ve bu nedenle Zakariás'a göre, koruma yoluyla subjektif bir çözüm hakkını tanıyan bu kararın genel bir değerlendirmesi için bkz. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 162-163.

⁴⁶³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 26.

ve hangi içerikle gerekli olduğu, olası tehlikelerin türü, yakınlığı ve kapsamı, anayasal olarak korunan yasal menfaatin türü ile statüsü ve mevcut düzenlemelere bağlıdır”⁴⁶⁴.

FAYM'nin yukarıda değindiğimiz kararlarından da anlaşılacağı üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarını anayasal hakların ışığında yorumlamak mümkün değilse veya yasal düzenlemeler mevcut değilse, koruma görevini üstlenerek bu hakları güvence altına almak yargısal mercilere kalacaktır⁴⁶⁵. Bizce öncelikli görev yasama organına ait olmakla beraber, yargı organı da çatışma çözümünde yasama kadar önemli bir işleve sahiptir. Çatışmayı uzlaştıran esas organlar yasama ve yargıdır⁴⁶⁶. Hatta Kanadoğlu'na göre, çatışmaların çözümünde ana yükü hukukun tüm dalları için geçerli olacak şekilde yargı organı taşımaktadır⁴⁶⁷.

Biz çalışmamızda özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarından yola çıkmakla beraber, teorik çerçeveyi içtihat bağlamında ele almaktayız. Çatışma çözümünde öncelikli ve en önemli göreve sahip olan yasamanın rolüne çalışmamızın birçok yerinde ve arka planında değinsek de⁴⁶⁸ çalışmamızda, çatışma çözümüne, esasen denetim ve somut uyuşmazlık bağlamında odaklandığımızı söylemeliyiz. Özellikle gerek otantik yorum⁴⁶⁹ sahibi oldukları için gerekse de bireysel başvuru mekanizmasının olduğu bir anayasal sistemde doğrudan hak ihlallerini değerlendirme imkânına sahip oldukları için, Anayasa Mahkemelerinin rolü çok önemlidir⁴⁷⁰. Gerçi Anayasa Mahkemeleri, hak çatışmalarının çözümündeki rolü nedeniyle ciddi bir saldırıya uğramaktadır. Anayasa yargısının kuvvetler ayrılığı bakımından meşruluğu tartışması bir yana⁴⁷¹, özellikle hak

⁴⁶⁴ BVerfGE 49, 89 (142). Aynı ifadelerin geçtiği bir diğer karar BVerfGE 56, 54 (78). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 115.

⁴⁶⁵ Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 22.

⁴⁶⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 37.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ Nitekim çalışmanın devamında sıkça tekrarlayacağımız üzere soyut dengelemeyi yapacak olan yasa koyucudur.

⁴⁶⁹ “Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve kendisine pozitif hukukun hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur.” Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı* 15, (1998): 214. Bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere yüksek mahkemelerin ve Anayasa Mahkemesinin yorumu otantik yorumdur. *Ibid.*

⁴⁷⁰ Bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 37-43. Gerçi Zucca'ya göre anayasa mahkemelerinin önemi fazla abartılmakta, diğer kurum veya prosedürlerin rolü ihmal edilmektedir. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 67. Tam da bu noktada, yani çatışma çözümünde yetkili organ konusunda Zucca'nın muğlaklığına dair bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 141 (dp. 58).

⁴⁷¹ Bu durum hak çatışmasına kim karar veriyor sorusunun cevabının, yasamanın aktifliğini kontrol eden yargıca dönük olmasıyla ve bunu kontrol etme yöntemiyle doğrudan bağlantılıdır. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 83. Zucca, bunun yasama yetkisiyle çeliştiği görüşündedir. Yazar, yasamanın takdir yetkisinin kapsamı ile anayasal hakların korumasının genişliği ve aralarındaki

çatışmalarında Anayasa Mahkemeleri, geniş bir takdir yetkisine sahip olmaları nedeniyle eleştirilmektedir⁴⁷². Bu eleştirileri, çatışma çözüm yöntemi olarak dengelemeyi değerlendirirken ele alacağız.

(5) Koruma Yükümlülüğü Teorisi ile Yatay Etki Doktrini Arasındaki İlişki

Anayasal hakların özel hukuka etkisi ile çatışma arasındaki ilişkiyi daha iyi anlayabilmek için öncelikle *doğrudan ve dolaylı etki* ile *koruma yükümlülüğü* teorileri arasındaki ilişkiyi netleştirmemiz gerekmektedir. Bu ikisi arasındaki ilişkinin literatürde çok farklı yorumlanması bir yana, bu ilişkiyi reddedenler de vardır⁴⁷³.

Koruma yükümlülüğü ile doğrudan yatay etki arasında bir örtüşme yoktur. Doğrudan yatay etki, özel hukuk kişilerine anayasal yükümlülükler yüklemektedir. Koruma yükümlülüğü bunu yapmamaktadır, sadece devlete özgü ödevleri açıklamaktadır. Devletin, pozitif ödevlerini ihlal etmesi, bireyi yaptığı eylemden engellemek için olsa dahi, bireyin anayasal sorumluluğu söz konusu olamaz. Diyelim ki devlet, X kişisini oğlunu taciz etmekten koruma şeklindeki pozitif anayasal ödevini ihlal etmiş olsun, X'in bu ihlalden kaynaklanan sorumluluğu yoktur⁴⁷⁴. Ancak doğrudan etkinin kabul edildiği durumda, X'in oğlunu taciz etmeme anayasal yükümlülüğü ve bu yükümlülüğü ihlal etmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla devletin pozitif ödevleri ile doğrudan yatay etki aynı olayı –X'in oğlunu taciz etmesi- içerse dahi, farklı anayasal ödevler ve bununla bağlantılı farklı yükümlülükler getirmektedirler⁴⁷⁵.

Dolaylı etki teorisi ile koruma yükümlülüğü teorisi arasında ise bir etkileşim vardır⁴⁷⁶. *Lüth* kararında Federal Anayasa Mahkemesi'nin açıkça değindiği “objektif

gerilimin hem Birleşik Krallık hem de Fransa'da mevzu bahis olduğuna değinmektedir. Yazara göre ABD'de ise yargılamanın üstünlüğü doktrini, bu problemi örtbas etmektedir. Zira orada çatışmanın nihai mercii Yüksek Mahkemedir. *Ibid.*

⁴⁷² Alec Stone Sweet ve Jud Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Faculty Scholarship Series Paper 14* (2008): 17, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14.

⁴⁷³ Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 151.

⁴⁷⁴ Gardbaum, “Where the (state) action is”, 768.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, 769.

⁴⁷⁶ Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, 227 vd.; Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 35. Bu iki teori arasındaki ilişki konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki bir görüşe göre koruma yükümlülüğü teorisi dolaylı yatay etki teorisinin bir parçasıyken diğer bir görüş tam aksini, yani koruma yükümlülüğü teorisinin dolaylı etki teorisini kapsadığını ileri sürmektedir. Belling-İnce'ye göre, bu iki teori birbirini tamamlar. Yasa koyucunun her hukuk sisteminde anayasal hakların taşıdığı değerler ışığında olaya uygulanacak genel maddelere ve kavramlara ihtiyacı olacaktır; zira her tür hukuki uyumsuzluğu, kesin, açık ve somut normlarla

değerler düzeni” kavramı, anayasal haklar kavramının, bireylerin devlete karşı yalnızca subjektif veya savunma hakları olarak kavranmasını reddetmektedir. Bu kavram aynı zamanda devlete, objektif değerleri yüceltmek gibi bir pozitif yükümlülük de yüklemektedir⁴⁷⁷.

Pozitif ödevler, dolaylı yatay etkinin yani özel kişiler arasındaki dolaylı anayasal düzenlemelerin bir kaynağıdır⁴⁷⁸. Özel kişiler tarafından izlenecek sınırlar doğrudan anayasal haklardan değil; medeni ve idari kanunlar ile ceza kanunlarından⁴⁷⁹ kaynaklanmaktadır. Dolaylı etki teorisi, devletin koruma yükümlülüğünün açık bir işareti olarak, yasa koyucunun genel normlarıyla, özel hukuk uyumsuzluklarında anayasal

düzenlemek mümkün değildir. Ayrıntılar ve ayrıca Almanca literatür için bkz. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 36.

⁴⁷⁷ Gardbaum, “The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights”, 403-404 (dp. 68). Ayrıca bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 8-9.

⁴⁷⁸ Gardbaum, “Where the (state) action is”, 769. Gardbaum, dolaylı yatay etkiye yol açan anayasal hakların iki ayrı yapısal özelliğinden bahsetmektedir: “1. Özel hukuku anayasal haklara sıkı bir şekilde tabi kılma ve 2. bireyler arasındaki ilişkiyi düzenleyen belli yasaları yürürlüğe koyup, belli eylemlerde bulunma yönünde pozitif anayasal ödevleri devlete yükleme.” *Ibid.* Benzer şekilde Céline’e göre, temel olarak üçüncü taraf etkisi “devletin koruma yükümlülüğü ile ilgili daha geniş bir soru yelpazesinden bir kesittir”. Dolaylı üçüncü taraf etkisinin gerekliliği, bu nedenle temel hakları koruma yükümlülükleri kavramının bir alt vakasıdır. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 22-23. Üçüncü taraf etkisi, anayasal hak sahipleri arasındaki ilişkiyi ilgilendirirken, istisnasız olarak devleti anayasal hakların muhatabı olarak gören koruma yükümlülüğü teorisi farklı bir noktada durmaktadır. Üçüncü taraf etkisi teorisi, anayasal hakların muhataplarıyla ilgilidir. Anayasal haklar yoluyla, özel kişilerin devletin rolüne, faaliyetine veya anayasal hakları korumak için eylemsizliğe bağlı olup olmadığını ve eğer öyleyse ne ölçüde bağlı olduğunu belirlemeye çalışır. Anayasal hakların koruma yükümlülüğü teorisinin odak noktası ise, anayasal hakları korumak için devletin faaliyette bulunması veya hareketsizliğidir. *Ibid.*, 22. Dolaylı üçüncü taraf etkileri durumunda, münferit temel haklar sadece dolaylı bir ilişki içerisindedir. Diğer anayasal hak sahiplerine karşı doğrudan hak talebinde bulunamazlar. Temel hakkı koruma yükümlülüğünün varlığına benzer şekilde, dolaylı üçüncü taraf etkileri söz konusu olduğunda, devlet, anayasal hak sahipleri arasında aracı bir konumdadır. Devlet yasalar aracılığıyla çatışan temel hak taleplerini dengeler. Dolaylı üçüncü taraf etkisi kavramı bu nedenle koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir: Kanunu uygulayan makamlar, özel kişilerin anayasal haklarını dikkate alırken, kanunun uygulanması ve yorumunda içerilmek zorunda olan anayasal hakları korurlar. Dolaylı üçüncü taraf etkisi, bu nedenle, kanunun uygulanması sürecinde yetkililerin görevine de yansır. Zira yasal haklar yorumlanırken anayasal hakların yeterince dikkate alınmaması, bu temel hakların ihlali anlamına gelir. *Ibid.* Ayrıca bkz. Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi”, 464.

⁴⁷⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 23. Bu noktada özel hukuk ile anayasa hukuku arasındaki ilişkiye anayasal hakların somutlaşması açısından bir göz atmakta fayda vardır. Bizce Barak’ın bu konudaki açıklamaları çok aydınlatıcıdır. Barak’a göre: “Gerçekte, özel hukukta diğer bireylere yöneltilmiş temel insan haklarına dayanılır. Belli bir açıdan özel hukuk, bir yandan kamu yararını gözetirken, diğer yandan temel insan haklarının hukuki ilişkilerini belirleyen ve çatışan insan hakları arasında uygun bir dengeleme yapan hukuki çerçevedir. Özel hukuk, kamu yararını güvence altına alarak insan haklarını hayata geçirmek amacıyla insan haklarına getirilen sınırlamalardır. Özel hukuk anayasal hakları bireyler arasındaki bir ‘al-ver’ yaşam biçimine dönüştüren çerçevedir. Özel hukuk ortak hayatı mümkün kılmayı ve bireylerin temel haklardan yararlanmalarını sağlamayı amaçlayan karmaşık ve kapsamlı bir denge ve düzenlemeler sistemidir. Bu nedenle insan haklarının bireylere karşı tanınması özel hukuka özel hukuk ‘kanallarıyla’, ‘nüfuz etmesi’ yoluyla olur. Bu ise dolaylı etkinin en doğru anlamıdır.” Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, 259.

hakların uygulanmasını amaçlamaktadır⁴⁸⁰. Belling-İnce'ye göre, koruma yükümlülüğü teorisi de bunu kabul etmektedir, ancak daha ileri gidip dolaylı etki teorisine sınır çizmektedir. Yasa koyucu norm yaparken ve devlet organları bu normları uygularken anayasal hakları dikkate almak ve bireylerin haklarının ihlallerini engellemek zorundadırlar⁴⁸¹. Yasa koyucudan beklenen, sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği dikkate alarak, her bir tarafın menfaatini dikkate alarak haklar (ihlalleri) arasında denge kurmaktır. Bunun gerçekleştirilmesi için uyumsuzluklara uygulanacak, ama iki tarafın da haklarının dikkate alınmasını sağlayacak genel normlar gereklidir⁴⁸².

Tanım kısmında açıkladığımız gibi, anayasal hakların çatışmasında, çatışan anayasal hak sahiplerinin anayasal haklarından ziyade, devletin anayasal hakları korumaya yönelik yükümlülükleri çatışmaktadır⁴⁸³. Çünkü koruma yükümlülüğü teorisine göre, sadece devlet doğrudan anayasal haklarla bağlıdır⁴⁸⁴. Devlet, çatışan anayasal hakların sahipleri arasındaki ilişkide yer almaktadır. Koruma yükümlülüğü teorisi, üçüncü taraf etkileri teorisinden ayrılarak yalnızca devleti sorumlu kılmaktadır⁴⁸⁵.

Genel olarak özetlersek, anayasal hakların özel hukuk üzerindeki etkisi için koruma yükümlülüğü işleviyle değiştirilmiş bir dolaylı yatay etkisi söz konusudur. Dolaylı yatay etki teorisi, anayasal hakların koruyucu işlevi hakkındaki bazı yeni gelişmelere maruz kalmıştır. Koruma yükümlülüğü teorisi uygulandığında, genel kloz ve belirsiz hukuki kavramlar şartı olmaksızın anayasal hak değerlendirmelerinin tüm özel hukuk normlarına uygulanması iddia edilebilecektir⁴⁸⁶. Böylece koruma yükümlülüğü, anayasal hakların özel hukukta etkisini mümkün olduğunca arttıracaktır⁴⁸⁷.

⁴⁸⁰ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 36.

⁴⁸¹ Bu hususta bkz: BVerfGE 96, S. 56, 64. Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 36.

⁴⁸² Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 36.

⁴⁸³ Britz, “Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen”, 56-57.

⁴⁸⁴ Markus Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), 372; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 159.

⁴⁸⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 159.

⁴⁸⁶ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 41.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, 39-40. Belling, Herold ve Kneis'a göre koruma yükümlülüğü, her anayasal hakkın kaleme alınışından açıkça anlaşılmasa da, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca her anayasal hakkın savunma hakkını en üst düzeyde gerçekleştirebilmesi için nesnel - hukuki açıdan devlete koruma yükümlülüğü yüklediği kabul edilmelidir. Belling, Herold ve Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte”, 108; “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 34.

b. Anayasal Hakların Özel Hukuka Etkisi ile Çatışma Arasındaki İlişki

Anayasal hak çatışmaları devletin hakları güvence altına alma yükümlülüklerinin (pozitif ödevlerinin)⁴⁸⁸ yargısal gelişimi ile aynı zamanda ortaya çıkmış ve evrilmiştir⁴⁸⁹. Bizim de anayasal hakların işlevine ve anayasal hakların özel hukuka etkisine yer vermemizin nedeni, anayasal hakların devlete pozitif yükümlülük getiren yönü ile çatışma arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktır⁴⁹⁰.

Anayasal hakların klasik savunma fonksiyonları ile kabul edildiği, devletin ve hak sahibinin yer aldığı iki kutuplu ilişkide, bir anayasal hak çatışması ortaya çıkmaz⁴⁹¹. İki kutuplu ilişkide taraflar ile devlet, hakkın muhatabıdır. Bu ilişkide belirli kamu menfaatleri ile anayasal haklar çakışmaktadır ve burada anayasal haklar devlet iktidarını sınırlamayı amaçlamaktadır⁴⁹². Devlet, yükümlülüklerini çatışma yaratmadan basitçe

⁴⁸⁸ Çalışmamızda devletin savunma haklarının getirdiği müdahale etmeme yükümlülüğünün (*Unterlassungspflicht*) yanı sıra, devletin eylemde bulunmasını gerektiren pozitif ödevleri olduğunu ve bunun savunma boyutunu tamamladığını açıklamıştık. Ayrıca bkz. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 306; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 8-9; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 32-33, 36.

⁴⁸⁹ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 33; Heissl, “Human Right Collisions”, 36-37. Nitekim anayasal hakların korunması yükümlülüklerinin tanınmasıyla birlikte, üçüncü taraf etkisi ile ilgili tartışma gündeme oturmuştur. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 13. Aynı yönde Emmanuelle Bribosia ve Isabelle Rorive, *In Search of a Balance between the Right to Equality and Other Fundamental Rights* (Luxembourg: European Commission Publications Office, 2010). Buna göre, bu pozitif ödev; devletin bireylerin temel haklarının diğer bireyler tarafından ihlal edilmesine karşı korumaya yönelik yasal, idari, yargısal ve ek tedbirler almasını gerektirir. Böylece bireysel özgürlüklerin ihlali edilmesi üzerine kurulan eylemlerin sayısının artmasına ve bunun sonucunda da anayasal haklar arasındaki çatışmaların tırmanmasına yol açmaktadır. Bribosia ve Rorive, *In Search of a Balance*, 14.

⁴⁹⁰ Eberhard çalışmasında, “Anayasal hak çatışmaları ve anayasal güvence yükümlülükleri” başlığı altında, anayasal güvence yükümlülükleri fikrinin, anayasal hakların işlevine dair temel anlayışıyla önemli boyuttaki ilişkisini ortaya koymuştur. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 306.

⁴⁹¹ *Ibid.*, 297; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 7; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 24. Blaesing, bu görüşe karşıt olarak, savunma hakları arasındaki bir çatışma örneğine dikkat çekmektedir. Bu çatışma, komşusunun kişiliğini geliştirme hakkı ile onu rahatsız eden kişinin dini ibadet özgürlüğü arasındadır. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 53. Ancak, Blaesing’in verdiği bu örnek de açıklamalarımızı karşılamaktadır. Zira kişinin özel hayatına saygı hakkı veya evini dışsal rahatsızlıklardan koruma hakkı yine pozitif bir yükümlülüğe karşılık gelmektedir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 32; Heissl, “Human Right Collisions”, 36 (dp. 13). Aslında bu açıklama Classen’in tespitiyle de uyumaktadır. Classen’e göre, farklı hak sahiplerinin anayasal haklarının karşı karşıya gelmesinde, aslında üçüncü taraf dogmatigi, anayasal hakların savunma hakları niteliğini değiştirmemektedir. Sadece, anayasal haklara karşı korunabilecekler halkası, devletin ötesine, özel kişilere kadar uzanmış olmaktadır. Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 75. Başka bir ifadeyle, aslında savunma hakları arasında çatışma olup olmaması meselesinden öte bu durum, hakkın korunma (savunma) işlevinin yanı sıra pozitif yükümlülük de gerektiren bir yönünün olduğunun kabul edilip edilmemesiyle ilintilidir.

⁴⁹² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 7; Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 296.

yerine getirebilmektedir. Bu varsayım altında devlet pasif davranmak ve eylemden kaçınmak zorundadır. Böylece hiçbir hakkı ihlal etmemiş; örneğin kimsenin bedensel bütünlüğüne, özel hayatına dini veya ifade özgürlüğüne müdahale etmemiş olacaktır⁴⁹³.

Anayasal hak çatışmaları, anayasal hak öznelerinin konumlarına ilişkindir ve ilke olarak özel hukuk özneleri arasında çıkmaktadır⁴⁹⁴. Dolayısıyla her zaman, farklı anayasal hakların karşı karşıya olduğu çok kutuplu ilişkide ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁵. Ancak bunun için anayasal haktan çıkarılan bir hareket yükümlülüğü gerekmektedir⁴⁹⁶. Yani bir çatışmanın ortaya çıkabilmesi için *etkilenen anayasal haklardan en azından bir hakka dair pozitif ve hukuki olarak icra edilebilir bir koruma yükümlülüğü* mevcut olmalıdır⁴⁹⁷.

Anayasal hakların çatışması ile özel hukuka etkisi arasındaki ilişkiyi değerlendirirken; koruma yükümlülüğüne dair açıklamalara yer vermeden önce yine doğrudan, dolaylı yatay etki ve koruma yükümlülüğü şeklinde bir ayırım yapmak faydalı olacaktır.

⁴⁹³ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 32; Heissl, “Human Right Collisions”, 36.

⁴⁹⁴ Senn, “Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten”, 343. Bizce Gören’in şu ifadeleri önemli bir noktaya parmak basmaktadır: “Özel hukuk düzeninde temel hakların koruma fonksiyonunun gerçekleştirilmesinde, kural olarak, özel hukuk uyumsuzluğuna katılan özel hukuk sùjelerinin aynı zamanda temel hak sahibi ... oldukları göz önünde tutulmak zorundadır. Bunun dışında özel hukukun taşıyıcı ögesi olan *özel bağımsızlığa* saygı gösterilmelidir.” Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 19.

⁴⁹⁵ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 297. Ayrıca devletin, anayasanın özel bir hükmünden değil, ancak anayasal hak normlarının nesnel içeriğinden kaynaklanan genel bir koruma ödevi vardır. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 109. Koruma ödevi, hakları korunacak kişi, kişinin hakkını koruyacak devlet ve hakkın kendisine karşı korunacağı üçüncü bir kişi olmak üzere üç kutuplu ilişkide ortaya çıkmaktadır. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 306; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 110; Jürgen Brohmer, Clauspeter Hill ve Marc Spitzkat (eds.) *60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights* (Kuala Lumpur: The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, 2012), 94.

⁴⁹⁶ Bkz. Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 219.

⁴⁹⁷ Heissl, “Human Right Collisions”, 36; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 33. Vurgu bize aittir. Ayrıca bkz. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 153. Arosemena bu görüşe katılmayarak anayasal hakların çatışmasını, iki olumsuz ödevin çatışması şeklinde açıklamaktadır. Örneğe göre bir yabancı, isyancı bir grubun, üyelerinden birini idam etmek üzere olduğunu görür. İsyancı grubun lideri eğer şefe ateş ederse, grubun diğer üyelerinin yaşayacağını yabancıya söyler. Bu durumda yabancı, şefin yaşam hakkı ve grubun diğer üyelerinin yaşam hakkı olmak üzere ihlal etmemesi gereken iki hakla karşı karşıyadır. Arosemena, “Conflicts of Rights in International Human Rights”, 9. Ancak Arosemena’nın burada varsaydığı anayasal hakkın doğrudan etkisi olmalıdır, çünkü bu örneğe göre, yabancıların anayasal hakkı ihlal etme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 32 (dp. 123). Bununla ne kastettiğimiz, aşağıdaki açıklamalarımızdan sonra daha iyi anlaşılacaktır.

Anayasal hakların çatışması, **anayasal hakkın “doğrudan üçüncü taraf etkilerine” sahip olduğu**, yani doğrudan iki özel kişi arasında meydana geldiği koşullarda ortaya çıkabilir⁴⁹⁸. Bu tür durumlarda özel hukuk öznelerinin eş zamanlı yetkilendirilmesi ve yükümlülükleri nedeniyle, herhangi bir özel hukuk ilişkisine dair dava, artık sadece özel hukuk tarafından şekillendirilmeyen, ancak ilgili kişilerin çatışan anayasal hakların kapsayacağı ve etkili olacağı bir davaya dönüşecektir⁴⁹⁹. Doğrudan etkinin kabul edildiği bu koşullarda devlet değil, bizzat özel kişi anayasal haklarla yükümlüdür. Bu davalarda devlet, yargılamanın sağlanması yoluyla bir “hakem” rolüne sahiptir⁵⁰⁰.

Örneğin bir iş yerinde, kişisel verilerin gizliliğinin korunması anayasal hakların doğrudan etkisi kapsamında anayasal hakların çatışmasına yol açabilir. Bu konudaki herhangi bir uzlaşmada işverenin hakları ile işçinin hakları çatışacaktır. Yargı burada doğrudan anayasal hak çatışmasıyla ilgilenecektir⁵⁰¹. Zira burada somut olaya bağlı olarak özel kişiler, doğrudan anayasal haklarının korunması talebinde bulunabileceklerdir⁵⁰². Bir başka örnek olarak, anayasada işçilere grev hakkının tanınmış olmasının işçi ile işveren arasındaki ilişki üzerinde doğrudan etkisi vardır. İşveren, grev yapan işçinin sözleşmesini, sırf işi bırakması nedeniyle haklı olarak feshedemeyecektir⁵⁰³.

Anayasal hak çatışmalarının, **dolaylı yatay etki ve koruma yükümlülüğü ile arasındaki ilişkisini** değerlendirdiğimizde ise, yukarıda bu ikisi arasında ortaya koyduğumuz farklılıkları bir kenara bıraktığımızda, çatışma ilişkileri konusundaki açıklamaların ikisi için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz⁵⁰⁴. Anayasal hakların çatışması

⁴⁹⁸ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 299. Heissl bu durumu “doğrudan anayasal hak çatışması” olarak adlandırmaktadır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 37.

⁴⁹⁹ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 36.

⁵⁰⁰ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 299. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 179-180; Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 153.

⁵⁰¹ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 299.

⁵⁰² *Ibid.*, 300. Bu örnek Avusturya anayasasındaki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Nitekim veri korumasına dair aynı örneği bir diğer Avusturyalı hukukçu Heissl da vermektedir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 37.

⁵⁰³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, 539.

⁵⁰⁴ Örneğin anayasal hak çatışmasının varlığını, koruma yükümlülüğünün varlığına bağlayan Heissl, koruma yükümlülüğünü dolaylı üçüncü kişi etkisi bağlamında değerlendirmektedir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 36.

“dolaylı üçüncü taraf etkileri” vakalarında daha yaygındır ve anayasal hakların özel hukuk alanındaki etkilerinde özellikle belirgindir⁵⁰⁵.

Dolaylı etki bağlamında hukuk uygulayan makamlar, en az iki hak sahibinin anayasal hakları, aynı normun zıt uygulanmasını veya yorumlanmasını⁵⁰⁶ gerektiriyorsa, anayasal hak çatışmalarıyla karşılaşmaktadır. Kanun uygulayıcısı makamlar, ortaya çıkan çatışmayı, dolaylı çatışan anayasal haklar arasında bir denge bularak ve geçerli yasal normu buna göre yorumlayarak veya uygulayarak çözmek zorundadır⁵⁰⁷. Ancak buradaki “dolaylı etki”nin olduğu durumlar koruma yükümlülüğünün de kapsamına girmektedir. Çünkü devletin koruma yükümlülüğü teorisi de, uyuşmazlığa katılan farklı hak alanlarını korumayı ve bu hak alanlarına saygı duymayı gerektirmektedir. Bir özel hukuk uyuşmazlığında, devletin ödevlerinin eylemde bulunmasını gerektirmesi, zıt ödevlere yol açabilmektedir⁵⁰⁸. Devlet anayasal olarak güvence altına alma ödevini bir müdahale ile gerçekleştirmektedir. Bu durumda, belirli bir anayasal hakka müdahale, müdahalenin sağlamak istediği belirli bir anayasal hakkın güvence altına alma yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle haklılaştırılabilecektir⁵⁰⁹. Korunacak anayasal hak pozisyonuyla çelişen anayasal haklar, merkezi bir aşamaya geçecek ve devlet bu tür güvence yükümlülüklerini yerine getirirken bu çelişen hak pozisyonlarını göz önünde tutacaktır. Böylelikle koruma alanları arasında sınır çizerek aktif bir eylemde bulunacaktır⁵¹⁰.

Koruma yükümlülüğü bağlamında, yukarıda da değindiğimiz üzere, anayasal hakların özel hukuka etkisinin mevcut olduğu birçok çatışma örneğiyle karşılaşmaktayız.

⁵⁰⁵ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 300. Ayrıca, baskın olarak çatışmaların dolaylı üçüncü kişi etkisine göre ortaya çıktığına, yani dolaylı anayasal hak çatışmalarına yol açtığına dair Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 38.

⁵⁰⁶ Céline Martin olayı yorum çatışması (*Auslegungskonflikte*) olarak kavramsallaştırmaktadır. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 16.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, 16.

⁵⁰⁸ Heissl, “Human Right Collisions”, 34; Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 19

⁵⁰⁹ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 297. Bu müdahalenin ölçülülük ilkesi çerçevesinde haklılaştırılabileceği iddia edilmektedir. *Ibid.* Ancak bu iddiayı tartışmanın yeri bu başlık değildir.

⁵¹⁰ *Ibid.*, 297, 306. Aynı Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi”, 19. Eberhard bunu özel bir uygulama rolü olarak betimlemektedir. Bu özel boyut devletin faaliyete geçmesine duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 297. Dolayısıyla Eberhard, anayasal hak güvence yükümlülüklerini, anayasal hak çatışmalarının şartı olarak görmemektedir. “Devletin rolününün özel uygulama durumları” olarak kabul etmektedir. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 32 (dp. 123).

Örneğin bir satıcının başörtüsü nedeniyle işvereni tarafından işten atılmasında⁵¹¹ işverenin meslek özgürlüğü ile iş sözleşmesi feshedilen işçinin din ve meslek özgürlükleri çatışmaktadır. Bu ikisi de ilgili normların zıt bir yorumunu gerektirmektedir. Devlet burada her iki anayasal normu da dikkate almak ve birbirine karşıt anayasal haklar arasında denge kurmakla yükümlüdür⁵¹².

Bir başka örnek olarak, toplantı ve gösteri özgürlükleri arasındaki çatışmayı verebiliriz. Bir gösteri, karşı bir ifadeyi bildirmek imkansız kılınacak şekilde karşı gösteri ile bölünür ve tehlikeye atılırsa, devlet bu gösteriyi korumakla yükümlü olacaktır⁵¹³. Toplanma özgürlüğü, karşı gösteri ile değil, ancak devletin korumayı ihmal etmesi nedeniyle ihlal edilmiş olacaktır⁵¹⁴.

Yine başka bir örnek olarak; ifade özgürlüğü ile özel yaşamın korunması hakkı karşı karşıya geldiğinde, devletin özel yaşamın korunmasına dair pozitif yükümlülüğü ile başka bir kişinin ifade özgürlüğünün korunması hakkı arasında çatışma ortaya çıkar. Burada kişinin şeref ve itibarına yönelik ifadeler söz konusu olduğunda, kişinin özel yaşamına saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir çatışmadan bahsedilebilecek ve bir taraftaki hakkın gerçekleştirilmesi diğerinin hakkının ihlaline neden olabilecektir⁵¹⁵.

Peki, anayasal hakların özel hukuka etkisi ile anayasal hak çatışmaları arasındaki böyle bir ilişkiye rağmen aralarında nasıl bir farklılık vardır? Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu ikisi bir arada değerlendirilmiş olmasına rağmen üçüncü taraf doktrini ve anayasal hakların çatışması tamamen birbirini karşılamaz. Bu ikisinin öncülleri ve sonuçları birbirinden farklıdır⁵¹⁶.

⁵¹¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 16-17. Bu sadece özel hukuk ilişkisi meselesi olsa da, anayasal hakların tüm hukuk alanında dikkate alınması gereği, iş hukuku fesih koruma hükümlerinin uygulanmasında da ilgili anayasal haklar dikkate alınmalıdır. *Ibid.*, 17.

⁵¹² Martin bu örneği anayasal hak çatışmaları ile dolaylı yatay etki arasındaki ilişki için göstermektedir. Başka örnekler için bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 17.

⁵¹³ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 36.

⁵¹⁴ *Ibid.*, 36-37. Heissl'in devletin pozitif yükümlülüğünün söz konusu olduğu çatışma hallerine verdiği diğer örnekler için bkz. Heissl, "Human Right Collisions", 34

⁵¹⁵ Karan, *İfade Özgürlüğü*, 72. Çatışan kişilik hakları arasındaki uyumsuzluğun üçüncü taraf etkisiyle anayasal hak çatışması olarak ortaya çıkması ve örnekleri için ayrıca bkz. Eberhard, "Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen", 300.

⁵¹⁶ Bethge, "Grundrechtskollisionen", 673. Bethge'ye göre "anayasal haklar çatışması"nın hukuki sonuçlarını gerektiren ve içeriğini belirleyen anayasaya ilişkin argümantasyon, bilimsel tartışmada direnç ve retle karşılaştı. Yazara göre, bu direncin önemli bir kaynağı da anayasal hak çatışması olgusunun üçüncü taraf etkisi teorisinin kaba çözüm modeli ile harmanlanmasıdır. Anayasal hakların

Üçüncü taraf etkisi doktrininde temel kaygı, anayasal haklar arasındaki çatışmaların özel hukuk kişileri arasındaki yasal konulara yansımaya dairdir. Burada özel hukuku ilgilendiren siyasi, sosyal, ekonomik ve toplumsal güç gruplarına ilişkin boyut önemlidir. Özellikle tüzel kişilerde biriken güç yoğunluklarının anayasal haklara genel bir tehlike oluşturması bu teorinin ortaya çıkış sebebidir. Buna bağlı olarak, kimi durumlarda, özel hukuk anayasal hakların koruması bakımından eksik olarak nitelendirilmiş ve anayasal hakların nesnel değer düzeni yaygınlaştırılmıştır. Bethge'nin deyişiyle böylece "üçüncü taraf etkisi teorisi, 'temel haklar ve özel hukuk'un sonsuz tarihinin bir şifresi haline gelmiştir"⁵¹⁷.

Anayasal hakların çatışması sorunu; üçüncü taraf etkisine dair iddia edildiği gibi, devlete yönelik anayasal haklardan devletten soyutlandığı kabul edilen özel hukuka geçişe dair değildir. Burada esas sorun, daha ziyade yan yana bulunan ve çakışan veya farklı anayasal hak öznelinin karşı karşıya duran anayasal haklarının konumlandırılması sorunudur⁵¹⁸.

Bethge'ye göre, üçüncü taraf etkisi teorisi ile anayasal hakların çatışması arasındaki daha önemli fark, devletin ilgili düşünce modelinde oynadığı rolle ilgilidir. Üçüncü taraf etkisi kavramı, anayasal haklar özel hukuka yansıtıldıktan sonra devlete dair dikey boyutu ihmal etmektedir. Aktif bir uyuşmazlık hakemi olarak devlet, özellikle yasa koyucu rolünde göz ardı edilmektedir; yalnızca adli bir uyuşmazlık çözüm organı olarak seçici, pasif ve çoğu zaman bastırıcı bir şekilde devreye girmektedir. Buna karşılık, anayasal hakların çatışması açısından, bu hakların devlete yönelik boyutu asla gözden kaçmaz⁵¹⁹. Zira anayasa hukuku kapsamında çok sayıda anayasal zıt gelişme alanı ile karşı karşıya kalan devletin işlevi burada oldukça gereklidir⁵²⁰.

doğrudan etkisi istisnalar dışında reddedildiği için temel hakların çatışması kavramı da gözden düşmüştür. Nitekim uzun bir süre boyunca, olumsuz olarak değerlendirilen üçüncü taraf etkileri terimi reddedilmiştir. *Ibid.*, 671- 673. Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 304.

⁵¹⁷ *Ibid.*, 673.

⁵¹⁸ *Ibid.* Anayasal hakların yatay etkisinin çatışma durumunun ortaya çıkmasının bir önkoşulu olmadığına Fohmann da dikkat çekmektedir. Fohmann, "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich", 52. Fohmann bunu her hâlükârda çatışma dogmatığı açısından "tüm hukukun anayasallaştırılması" tehlikesinin önlenmiş olmasına bağlamaktadır. *Ibid.*

⁵¹⁹ Bethge, "Grundrechtskollisionen", 673.

⁵²⁰ *Ibid.*, 673-674.

Bizce Bethge'nin yukarıdaki paragrafta değindiğimiz görüşleri, ancak koruma yükümlülüğü teorisinin gelişmesinden önceki süreç için kabul edilebilir. Koruma yükümlülüğü teorisinin kabulüyle beraber, devletin uyuşmazlık hakemi olarak yasa koyucu rolünün göz ardı edilip sadece yargıya odaklandığı kabul edilemez. Zira bu teoriye göre öncelikli görevin yasamada olduğunu, bunun yanı sıra idare ve yargının da rollerinin olduğunu yukarıda açıkladık⁵²¹.

Bize göre, özellikle koruma yükümlülüğü teorisi ile anayasal hakların çatışması arasında çok önemli bir bağlantı vardır. Anayasal hakların çatışmasını, aslında devletin anayasal hakları koruma yükümlülüklerinin çatışması olarak kabul etmemiz bunun en büyük göstergesidir. Ancak bu gösterge, bu iki anayasa hukuku sorununun birbirinden bağımsız konular olduğu gerçeğine de aykırı değildir. Anayasal hakların çatışması sorunu, çok daha geniş ve özel olarak incelenmeyi gerektiren bir konudur. Bu bölümün devamında ele alacağımız konular, anayasal hak çatışmaları konusunun kendine özgü bu boyutunu gözler önüne sermektedir.

Her şeyden önce, anayasal hak çatışma örnekleri özel hukuk ilişkilerinden ibaret değildir. Devlet kamu gücünün en önemli göstergelerinden biri olan ceza hukuku hükümleri aracılığıyla da çatışmaları düzenlemektedir. Daha önemlisi, anayasal hakların yapısı ve anayasal normların çatışması çerçevesinde değerlendirilmesi gereken çatışma,

⁵²¹ Nitekim Bethge'nin burada yer verdiğimiz ancak kendi eserinin devamında yaptığı açıklamalar da koruma yükümlülüğü kapsamında kabul edilebilir. Yazara göre, anayasal hakları yalnızca kamusal şiddet ile ilgili olarak tek boyutlu olarak görmek değil, aynı zamanda onları birbirleriyle ilişkili olarak kavramak da devleti sorumluluktan kurtarmaz. Devletin çatışmaları çözme sorumluluğu kilit bir konudur. Devlet, “temel hakların garanti kurumu” veya “özel haklara karşı temel hakların organize bir şekilde korunması”ndan sorumlu tutulacaktır. Bu görev yalnızca somut durumlarda yerine getirilmez; aynı zamanda, mevzuat yoluyla önleyici bir şekilde de yerine getirilecektir. *Ibid.*, 674. Yazar bu görüşün, özel kişilerin değil, yalnızca devletin anayasal haklara bağlı olduğu ilkesini (GG m. 1/3) sarsmadığına da dikkat çekmektedir. Anayasal hakların devleti bağlayıcılığı, özel kişiler arasında anayasal haklar çatışmalarında ortaya çıkan sınırlama sorununu çözmeye yükümlülüğünü de yüklemektedir. *Ibid.* Biz üçüncü taraf etkisi ile çatışma arasında bir fark değil, bir ilişki görüyoruz. Dolayısıyla belki de Bethge'nin, üçüncü taraf etkisiyle kastettiği, özel hukuk uyuşmazlıklarında anayasal haklara uygun yorumu gerektirdiğini belirttiğimiz, dolaylı yatay etki öğretisidir. Yazar koruma yükümlülüğünü bundan ayırıyor olabilir. Böyle bir çıkarım Blaesing'i de anlamamızı kolaylaştırmaktadır. Blaesing, gerçek bir anayasal haklar çatışmasının, örneğin, bir kamu otoritesi, bir vatandaşın özgürlük haklarını korumak için üçüncü bir tarafın bireysel alanına müdahale ettiğinde de ortaya çıktığını belirttikten sonra, bu çatışmanın hiçbir şekilde anayasal hakların üçüncü taraf etkisine bağlı olmadığını belirtmektedir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 38. Ancak Blaesing'in verdiği örnek, anayasal hakların özel hukuk üzerindeki etkisini açıklayan koruma yükümlülüğü teorisine uymaktadır. Dolayısıyla yazar bunu, dolaylı yatay etki dediğimiz öğretiden (üçüncü taraf etkisi) ayırmış olabilir.

yalnızca çözümden ibaret değildir. Çalışmamızın girişinde de ifade ettiğimiz gibi, hakların çatışması sorunu, çözüm için üretilen prosedürlerden bağımsız bir sorundur⁵²². Bu nedenle, mutlaka anayasa hukuku kapsamında anayasal hakların çatışması sorununu değerlendirmemiz gerekir.

3. Anayasal Hak Çatışmaları ile Klasik Norm Çatışma İlkeleri Arasındaki İlişki

Norm çatışması; bir norm bir davranışın yapılması gereğini düzenlerken, diğer bir normun da bununla bağdaşmayan başka bir davranışın yapılmasını düzenlediği durumları ifade etmektedir⁵²³. Çatışmada aynı davranışa ilişkin iki farklı “olması gereken” (norm) vardır ve bu iki olması gereken aynı anda uygulanamaz⁵²⁴. Bir sonraki bölümde, anayasal hak çatışmalarının yapısını incelerken normatif çatışmalara ayrıntılı şekilde değineceğiz. Bu başlıkta ise sadece, neden genel olarak anayasal hakların çatışmasında klasik norm çatışma ilkelerine başvuramayacağımızı açıklayacağız. Anayasal hakların bu ilkelerle çözülememesinin en önemli sebebi, anayasal normlar arasında hiyerarşinin olmamasıdır. Bu nedenle öncelikle hiyerarşi hususunu tartışalım.

a. Anayasa Normları Arasında Hiyerarşi Sorunu

Anayasa normları arasında hiyerarşi olup olmadığına dair tartışmada bizi ilgilendiren husus, bir çatışmada, çatışmaya taraf kimi normların temel nitelikte kabul edilerek çatışmadaki diğer normların uygulanmasını engelleyip engelleyemeyecekleridir. Başka bir ifadeyle, aslında bir çatışmanın değil de, doğrudan uygulanması “gereken” daha üstün bir anayasal hak normunun olup olmadığı meselesidir.

Anayasa normları arasında hiyerarşinin varlığına dair görüşü eleştirmeden önce Kelsenci hukuk anlayışına değinelim. Kelsen’e göre, “hukuk düzeni aynı düzeydeki, yan yana duran hukuk normlarının oluşturduğu bir sistem değildir; bilakis farklı katmanlardaki hukuk normlarının hiyerarşik düzenlendiği bir sistemdir”⁵²⁵. Bu anlayışa göre bir norm, ancak bir üst normun öngördüğü şekilde yaratılmışsa geçerlidir ve bu nedenle hiyerarşinin her katı, geçerliliğini bir üst katından almaktadır. Norm üstteki

⁵²² Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

⁵²³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 3.

⁵²⁴ Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 34.

⁵²⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora Kitap, 2016), 79.

norma, yani kendi yaratılmasını düzenleyen norma uygun değilse, geçerli olmayacaktır⁵²⁶. Bu adeta bir zincirdir⁵²⁷. Dolayısıyla, iki norm arasında hiyerarşi, ancak bir norm geçerliliğini diğerinden aldığına vardır. Bu durumda iki norm arasındaki çatışmada, üst norm alt norma tamamıyla tercih edilecektir⁵²⁸.

Anayasal hak normlarının her birinin, anayasanın bir parçası olarak aynı derecede yer alması nedeniyle anayasal norm kademelenmesi mümkün değildir⁵²⁹. Pozitif hukuk açısından geçerli olan biçimsel anayasa anlayışı⁵³⁰, bir hiyerarşinin olmadığını açıkça göstermektedir. Ancak “maddi” hiyerarşi için aynı kesinliğe varılamaz.

Doktrinde, kimi yazarlarca içerik bakımından temel nitelikte değerlendirilen bazı normlar, diğerlerinden daha üstün kabul edilmektedir⁵³¹. Örneğin anayasal normlar arasında biçimsel hiyerarşinin varlığını kesinlikle reddedip maddi bir hiyerarşiyi benimseyen Mithat Sancar’a göre, maddi açıdan bazı hükümler (anayasal haklar)⁵³² diğer bütün hükümlere göre özellikli bir konuma sahiptir⁵³³. Yazara göre, anayasa hükümleri arasında maddi bir üstünlük benimsemek, anayasanın bütünlüğünü yorum yoluyla inşa etmenin bir yöntemidir. Maddi açıdan belli hükümlerin nisbî üstünlüğüne yol açan bu yöntem, biçimsel eşitliğe hanel getirmez⁵³⁴.

Doktrinde anayasal hak normları ile diğer anayasal normlar arasındaki derecelendirmenin yanı sıra, anayasal hakların kendi içerisinde de bir derecelendirme

⁵²⁶ *Ibid.*, 78-79. Ayrıca bkz. *Ibid.*, 68.

⁵²⁷ “Sistemin birliğini sağlayan, norm yaratılmasının, dolayısıyla da geçerliliklerinin, kendi yaratılmaları da başka normlar tarafından belirlenen normlara doğru izinin sürüldüğü zincirdir.” *Ibid.*, 79.

⁵²⁸ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 161.

⁵²⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 38, 176-177; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 6; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 341-42

⁵³⁰ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 164. Sabuncu da anayasa kurallarını “etki ve değer bakımından aynı nitelikte” kabul ederek, hem şekli hem maddi hiyerarşiyi reddetmektedir. Yavuz Sabuncu, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı 7-8* (Ankara: TODAİE Yay., 1985/86), 20.

⁵³¹ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 154. Anayasa normları arasında bu tür bir hiyerarşiyi kabul eden yazarların bir kısmı, üst kısma milli egemenliğe ilişkin anayasa hükümlerini koymaktadır. *Ibid.* Ancak bu çalışma konumuzun dışında kalmaktadır.

⁵³² Yazarın bu konuda ifadeleri net değildir. Açıkça bunların neler olduğunu belirtmeden anayasanın bütünlüğünü oluşturan belli temel ilkelerden bahsetmektedir. Bundan kastettiğinin de temel haklar olduğunu anlıyoruz. Zira yazara göre, anayasanın bütünlüğünü oluşturan yapısal ilkeler temel haklardır. Bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 340

⁵³³ *Ibid.*, 341-342.

⁵³⁴ *Ibid.*, 342-343, 255.

yapılmaktadır⁵³⁵. Buna göre bazı anayasal haklar diğerlerinden daha temeldir ve dolayısıyla birinci derece, ikinci derece vb. anayasal haklar ayrımı ortaya çıkmaktadır⁵³⁶. Kurulan böyle bir maddi hiyerarşi, şekli hiyerarşi ile aynı sonucu yaratacaktır. Çatışma halinde birinci derecede yer alan anayasal haklar, diğerlerine üstün gelecek ve diğer anayasal hakların uygulanmasını engelleyecektir⁵³⁷. Geriye sorun olarak, sadece her derecenin kendi içinde yer alan hükümlerin çatışmaları kalacaktır.

Maddi anlamda hiyerarşi kabul edildiğinde anayasal normlar arasında bir “değer” atfetme ve bu normları değer düzenine yerleştirme söz konusu olmaktadır⁵³⁸. Değer konusunu çalışmamızın devamında ele alacağız. Eğer “değer” tartışmasını, anayasal hak çatışmalarının çözümüne de odaklanan böyle bir çalışmanın dışına atarsak çalışmayı büyük oranda eksik bırakmış olacağız. Böyle bir tutum halinde, anayasal hak çatışmalarında, başta Anayasa Mahkemelerince olmak üzere, somut olayda çatışan normların metinlerinde düzenlenen hakların değerlerini temel alan bir değerlendirme yapılıp yapılamayacağına dair soruları ve bu değerlerin neye göre belirleneceğini, çatışma çözüm yöntemlerinden biri olarak önerilen “dengeleme” ve dengelemeye ölçüt oluşturabilecek kavramlara ilişkin soruları⁵³⁹ basitçe elemiş olacağız. Bu nedenle değer

⁵³⁵ Anayasa değişikliklerinde tartışılan bu hususun önemi, bu kabulle, birinci derecede yer alan anayasal hakların, anayasa değişikliklerine sınır oluşturacak olmalarından kaynaklanmaktadır. Burada anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin diğer hükümlerinden üstün olup olmadığı tartışmasının (her ne kadar anayasalardaki değiştirilemez maddeler genellikle anayasal haklarla ilgili olmasa da) çalışmamıza bir katkısı olabilir. Değiştirilemez hükümlere özel bir önem atfedildiği inkar edilemezse de, yine normlar arasındaki hiyerarşiyi geçerlilik ilişkisine göre tanımlarsak, değiştirilemeyecek normlarla bu tür bir ibare öngörülmemiş normlar arasında bir geçerlilik ilişkisi olmadığı için altlık üstlük ilişkisi de kurulamayacaktır. Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 170.

⁵³⁶ *Ibid.*, 154. Bu şekilde düşünen kimi yazarların görüşleri için bkz. *Ibid.*, 155.

⁵³⁷ *Ibid.*, 154, 158. Bu görüştekiler ve argümanları için bkz. *Ibid.*, 156. Çatışma konusunu ele alan kimi yazarlardan da anayasal hakların soyut değerlendirmesini ve buna göre bir sıralandırmayı önerenler vardır. Buna göre zayıf olarak korunan anayasal haklar ile güçlü olarak korunan anayasal haklar ayrımı ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 143 vd. Yine AİHM içtihadını ele alan Ducoulombier haklar arasında bir “değer”lendirmeden yola çıkmakta ve AİHM’nin içtihadından belli hakların soyut olarak diğerlerinden daha yüksek sınıflandırmaya tabi tutulabileceğini çıkarmaktadır. Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”. Somut değerlendirme kadar ayrıntılı olmasa da, çalışmamızın devamında soyut değerlendirmeye dair bu tartışmalara da kısaca yer vereceğiz.

⁵³⁸ Fazıl Sağlam’ın da belirttiği üzere aynı düzeydeki normlar arasında hiyerarşi kurmak, belli değerler hiyerarşisinin benimsenmesiyle mümkündür. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 154.

⁵³⁹ Örneğin Kanadoğlu’na göre anayasal hak normları arasında bir kademelenme olamayışı, değerlerin tartımı çerçevesinde çatışan temel hak ve anayasa değerlerinin farklı değerlendirilmesi olanağını ortadan kaldırmaz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 6.

kavramına ilişkin tartışmaları ilgili konulara bırakmakla beraber, bu başlık altında sadece aşağıdaki açıklamaları yapmak isteriz.

Bazı anayasa kuralları ile yaratılan anayasal haklar arasındaki korunma gücüne ve kapsama ya da uygulanma önceliğine dair farklılaşmayı, zaten sistematik yorumun bir sonucu olarak dikkate almak gerekmektedir⁵⁴⁰. Koruma kapsamı ve gücündeki farklılık mutlak haklar meselesine ilişkindir. Buna göre Anayasa kimi istisnai hakları mutlak olarak korurken, kalan haklara nisbi bir koruma sağlayabilir. Bu hususu bir sonraki bölümde mutlak hakların varlığını sorgularken açacağız. Bunun yanı sıra, sınırsız olarak öngörölmüş anayasal haklar ile sınırlama sebebi içeren anayasal haklar arasında korunma kapsamına dair farklılık iddiası gündeme gelebilir ki bunun çatışmaya yansımaları, çatışma çözümünü ele alırken göreceğiz.

Uygulanma önceliğine gelirse; anayasal haklar için hiyerarşi mümkün olmasa da anayasa koyucu farklı anayasal normlar için uygulanma önceliği yaratmış olabilir⁵⁴¹. Burada uygulanma önceliğini, kısaca hukuk uygulayıcısının önüne gelen belli normlar arasındaki çatışmaya dair kararında, hangi normu esas alması gerektiği yönündeki talimat olarak tanımlayabiliriz. Buna göre, hiyerarşik olarak aynı düzeyde yer alan normlardan biri diğerine nazaran uygulanma önceliğini haiz olabilir⁵⁴². Örnek olarak Anayasamızın

⁵⁴⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 38. Esasen Fazıl Sağlam burada yalnızca “değer farklılıkları anayasa kuralları ile yaratılmışsa...” demektedir. Ancak biz çalışmamız açısından “değer” kavramından mümkün olduğunca uzak durmaktan yanayız. Burada “değer”den ziyade, “anayasal hak”tan ve “farklılaşma”dan ziyade, “uygulanma önceliği”nden bahsetmek bizce daha doğru olacaktır.

⁵⁴¹ Burada hiyerarşiyi “normatif üstünlük” olarak anlayabiliriz. Alman hukuk doktrininde “normatif üstünlük” (*Geltungsvorrang*) ile “uygulama önceliği” (*Anwendungsvorrang*) kavramlarının birbirinden açıkça ayrıldığına dair bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulanması*, (İstanbul, Oniki Levha, 2018), 17. Ozan Ergül de “bazı durumlarda bir normun uygulanması sırasında, o normun yorumundan çıkan eş değerdeki kurallar arasında ‘öncelik tanınması’ gereken kurallar”dan bahsetmektedir. Ozan Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, içinde *Yıldırım Uler’e Armağan* (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014): 79. Örneğin “şüphe hak lehine yorumlanır” ilkesine başvurularak bir kuralın uygulanması halinde öncelik tanınma söz konusudur; gerekçe hiyerarşi değildir. Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 79. Burada Gülgeç’in kullandığı “uygulama” kelimesi yerine Ergül gibi “uygulanma” kavramını tercih ettiğimizi, ufak bir not olarak düşelim. Üst norm ile alt norm arasındaki çatışmada üst normun uygulanmasında, uygulanma önceliği söz konusu değildir. Üst normun uygulanması *lex superior* ilkesinin gereğidir. Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 79; Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 35. Uygulanma önceliği bu nedenle hiyerarşik olarak eşit olan normlar veya üst normla çatışan alt norm olmasına rağmen alt normun uygulanabileceği yerlerde anlamlı hale gelmektedir. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 35.

⁵⁴² Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 35.

90'ıncı maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde uluslararası antlaşmanın esas alınacağı yönündeki düzenlemeyi verebiliriz⁵⁴³. Hatta Rona Aybay bu ifadeyi bir “yasa çatışması” kuralı olarak ifade eder⁵⁴⁴.

Ancak anayasal hak çatışmaları için kullanabileceğimiz bu kadar bariz “yasa çatışması” kurallarıyla genelde karşılaşmayız. Biz anayasal hakların çatışması için daha farklı örneklerle karşılaşacağız. Bu noktada özellikle (Anayasa) Mahkemelerin(in) veya AİHM'nin içtihatlarıyla, belli bir durumda (belli koşullar oluştuğunda) hangi norma öncelik vermesi gerektiği yönünde, oluşturdukları “önceliklendirme kriterleri” (*criteria for prioritization*) çatışma açısından çok daha önemli ve kullanışlı olacaktır. Örneğin ifade özgürlüğü ile özel hayat hakkı arasındaki bir çatışmada, Anayasa Mahkemesinin özel hayatı mevzubahis olan kişinin kamu figürü olması halinde ifade özgürlüğünün ağır geldiği kanaatinde olduğunu düşünelim⁵⁴⁵. Böyle bir örnekte, içtihadın bağlayıcılığı ve takip edilmesi gerekliliği üzerine yürütülebilecek tartışma bir yana, ifade özgürlüğü ile özel hayat gizliliği haklarının çatışmasında hak sahibinin kamu figürü olmasının önceliklendirme kriteri olarak dikkate alınması söz konusudur. Ancak bunun dışında anayasal norm (ve özellikle hak normları) arasında *a priori*, soyut bir değer ayrımı, yani bir nevi hiyerarşi kabul edilemez. Bu şekilde önceden belirli ve her zaman geçerli olan bir hiyerarşiyi kabul etmesek bile, belli koşullar altında bazı hakların diğerlerini önceleyip önceleyemeyeceği, ayrıca inceleyeceğimiz konulardan biridir.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 70 (2007): 205-206. Çok benzer şekilde Ergül de “özel çatışma kuralı” olarak tanımlamaktadır. Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 80. Belirtelim ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile kanunlar –bu hükmün varlığına rağmen– hiyerarşik olarak aynı düzeyde kabul edilmektedir. Biz bu kabulle devam etmeyi uygun görüyoruz. Ancak bu konu Türk hukuk literatüründe tartışmasız değildir. Bkz. Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 74; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, 159-167.

⁵⁴⁵ Burada adeta bir kontrollü deneyde diğer koşulların sabit tutulması gibi, somut olayın diğer koşullarının aynı olduğunu ve özel hayatı mevzubahis olanın kamu figürü olmasıyla çatışmanın, diğer ifade özgürlüğü ile özel yaşamın gizliliği arasındaki çatışma durumlarından farklılaştığı gibi “ideal” bir durumu farz ediyoruz.

b. Klasik Norm Çatışma İlkeleri

Hukuk düzeninin tutarlı bir bütün olması gereğince, hukuk kuralları arasında çatışma olmamalıdır⁵⁴⁶. Bu nedenle hukuk literatüründe, hukuk düzeninde ilk bakışta birbiriyle çatışmış gibi görünen kurallar olsa da bu çatışmalar “görünüşte”, yani “zahiri” olarak kabul edilir ve bunlar “çatışma çözüm ilkelerine” göre çözülmektedir⁵⁴⁷. Klasik norm çatışma ilkelerine geçmeden önce “görünüşte” yani “zahiri” çatışma ile ilgili görüşlerimize yer vermek isteriz. Burada çatışmanın “zahiri” olarak nitelendirilmesinin asıl sebebi, belirttiğimiz gibi, çatışma çözüm ilkeleri ile bu tür çatışmaların çözülebilecek ve nihayetinde uygulanabilecek tek norma karar verilebilecek olmasıdır. Dolayısıyla çatışmanın üstesinden gelinerek bir çözüme ulaşılabilmesi ve geriye –en azından somut olay için- bir çatışmanın kalmaması gerekçeleriyle bu çatışmalar görünüşte (zahiri) çatışmalar olarak adlandırılmaktadır⁵⁴⁸. Hatta Gözler bu durumu, “çatışma bu üç ilkenin uygulanmasıyla *kolayca* çözülebilir” diye tasvir etmektedir⁵⁴⁹.

Ancak biz bu görüşü kabul etmiyoruz. Zira hangi normun uygulanacağına dair bir karara varılmadan önce, “norm çatışması” tanımında verdiğimiz aynı olaya ilişkin iki farklı “olması gereken” mevcuttur. Hukuk sisteminin özellikle anayasal hakların çatışma durumlarıyla nasıl başa çıkılacağını öngörmediği dikkate alındığında, bu tür çatışmaların klasik çatışma ilkeleriyle çözülecek olması, onları çoğunlukla kolayca çözülebilecek çatışmalar haline getirmektedir. Ancak yine de çatışma olmaktan çıkarmaz. Bu mesele bizim için ayrıca önemlidir. Zira “görünüşte” çatışmayı bu tür durumlar için kabul edersek, anayasal *açmazlar*⁵⁵⁰ hariç anayasal hakların çatışmadığını veya tüm bu çatışmaların görünüşte olduğunu kabul etmek zorunda kalacağız. Örneğin A’nın B’ye bir gazete köşe yazısında ağır suçlamalarda bulunduğunu düşünelim. Burada Mahkeme, A’nın basın özgürlüğü ile B’nin kişilik hakları arasında bir çatışmanın varlığıyla

⁵⁴⁶ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, içinde *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (Ankara: KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013): 97.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 257. Barak da gerçek veya hayali (*genuine or imagined*) çatışma ayrımı yapmaktadır. Eğer yorum sürecinden sonra çözülebiliyorsa bu çatışmayı hayali, çözülemiyorsa gerçek çatışma olarak kabul etmektedir. Yazar özel-genel ilişkisinin tespit edildiği durumları hayali çatışma olarak kabul etmektedir. Anlaşılan o ki *lex specialis* ile *lex posterior* ilkelerinin uygulandığı davaları, iki kuraldan birinin etkisinin kalmadığı ve dolayısıyla geçerliliğini yitirdiği gerçek çatışma durumları olarak düşünmektedir. Barak, *Proportionality*, 87.

⁵⁴⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 257. Vurgu bize ait.

⁵⁵⁰ Kavramsal çerçeve kısmında buna değinmiştik.

yüzleşecektir. Mahkemeler nihayetinde somut olaya uygulanacak tek bir norma dayanarak karar vereceklerdir. A'nın hareketi ya basın özgürlüğünün koruma alanında görülecektir yahut da bunun aksine B'nin kişiliğinin korunması devreye girecektir. Ancak belirttiğimiz gibi çatışma çözüme kavuşturulduğu için bu çatışmalar çatışma olmaktan çıkmayacaktır⁵⁵¹. Bu hususu sonraki başlıklarda ayrıntılarıyla tartışacağız.

Yeniden çatışma ilkelerine dönersek; bunlar uyumsuzluğun çözümü için çatışan anayasal normlardan hangisinin (hangi maddi hukuk kuralının) uygulanacağını belirlemeyi amaçlayan ilkelere⁵⁵². Bu ilkeler; *lex superior*, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelere⁵⁵³. Peki, hukuk kurallarında başvuru bu üç klasik çatışma ilkesi, bizim çalışma konumuza neden bir katkıda bulunamaz?

Lex superior derogat legi inferiori (üst kanun alt kanunları ilga eder) ilkesinin⁵⁵⁴ niçin uygulanmayacağı açıktır. Normlar hiyerarşisinde farklı kademelerde olan hukuk kuralları arasındaki çatışmalar için uygulanan bu ilke, anayasada düzenlenen haklar için uygulanamaz. Çünkü anayasada düzenlenen hak ve hürriyetler, *aynı anayasada* yer aldıkları için hukuken aynı değerdedirler; aralarında hukuki bir hiyerarşi yoktur⁵⁵⁵. Çatışan bu anayasal hakların (örneğin sanat özgürlüğü ve kişilik hakları), anasadaki normatif düzenlemelerine bakılarak, birinden diğerine soyut-genel bir üstünlük tanınması da mümkün değildir⁵⁵⁶.

Lex specialis derogat legi generali (özel kanun genel kanunları ilga eder) ilkesine, aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasındaki çelişkiyi gidermek için başvurulur. Genel hüküm ihmal edilerek özel hüküm uygulanmaktadır⁵⁵⁷. Bu ayrımın yapılabilmesi için hak ve özgürlüğün “norm alanı”na yani “normun güvence altına aldığı

⁵⁵¹ Ancak bu konudaki farklı kabuller uygulamada bir değişikliğe yol açar mı sorusunun cevabı “hayır”dır. Ana metinde vurguladığımız gibi asıl mesele, hukukta olabildiğince az çatışmanın varlığını kabul etmek ya da kabul etmemek meselesidir.

⁵⁵² Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 34; Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, 206.

⁵⁵³ Gözler, “Yorum İlkeleri”, 97.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, 97-99. Yorum ilkeleri “doğruluğu kabul edilmiş önermeler” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Mehmet Turhan, “Hans Kelsen’in ‘Normatif Alternatifler Kuramı’nın Gözden Geçirilmesi”, *Anayasa Yargısı* 37, no. 1 (2020): 4. Çalışmamız açısından pek kullanışlı olmayan *lex superior* ilkesinin (Türk hukuku için) pozitif dayanaklarının varlığını Kemal Gözler kabul ederken (Anayasa madde 11, 115 ve 124) (Gözler, “Yorum İlkeleri”, 27); buna karşı bir görüş içeren ve tamamı bu ilkenin dayanağını sorgulamaya adanmış bir çalışma için bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 54.

⁵⁵⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 251, 253.

⁵⁵⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 45.

⁵⁵⁷ Gözler, “Yorum İlkeleri”, 100.

nesnel yaşam ilişkileri”ne bakılmaktadır⁵⁵⁸. Norm alanını kapsayan genel, diğeri özel niteliktedir ve bunların arasında çatışma varsa, özel nitelikte olan dikkate alınmaktadır⁵⁵⁹. Bu ilkenin uygulanabileceği türdeki çatışmalar, özel hüküm-genel hüküm ayrımı yapılarak özel hükmün uygulanmasıyla çözülebilir. Burada uygulanacak norm tespit edildiğinde, geriye somut olaya uygulanacak, korunan tek bir hak veya özgürlük kalmaktadır⁵⁶⁰. Dolayısıyla burada mevzu bahis olan, anayasal normlardan hangisinin uygulanacağı meselesidir ve özel normun tespit edilerek uygulanması, hukukun (anayasal normların) uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu ilkeyi kullanabileceğimiz anayasal hakların çatışması durumlarıyla karşılaşmamız imkansız değildir. Ancak tekrar belirtelim ki bizim sorun olarak gördüğümüz ve büyük çoğunlukta kalan anayasal hak çatışmaları, bu tür durumların dışında kalmaktadır.

Lex posterior derogat legi priori (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) ilkesi, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan kurallar arasında bir çatışmada, sonraki kuralın önceki kuralı ilga ettiğini kabul etmektedir⁵⁶¹. Bu ilkenin de yürürlük tarihi aynı olan anayasal normlar arasındaki çatışmada kullanılması mümkün değildir. Ancak yürürlük tarihi farklı olan anayasal hak normları için bu kural işleve sahiptir. Bu durumda ilkenin anayasal hak çatışmalarına yansımaları konusunda *lex superior* ilkesine dair söylediklerimiz, burada da geçerlidir.

Bu başlık altında ele aldığımız klasik çatışma ilkelerine, somut bir olayda uygulanacak olan normu belirlemek için başvurulmaktadır. Yukarıda hukukun çelişkilerle baş etmesi noktasında söylediklerimizi hatırlarsak, çalışmamızın konusunu oluşturan anayasal hak çatışmaları çoğunlukla bu kategoride olmayan ve bu çatışma ilkelerinin uygulanamayacağı çatışmalardır. Dolayısıyla bu ilkeler anayasal hak

⁵⁵⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 254. Norm alanı kavramı için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 10, 24, 50.

⁵⁵⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 254; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 136. Bu koşullarda özel normun genel normu sınırlaması, Anayasadan kaynaklanan bir sınırlılıktır. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 136.

⁵⁶⁰ Gözler, “Yorum İlkeleri”, 100; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 257. Fazıl Sağlam’a göre de çatışma sanılan çoğu durum bu ilişkiden ibarettir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 154. Kanadoğlu ise özel yasanın genel yasa karşısında üstünlüğü kuralının, birbiriyle çatışan hukuki sonuçların değil de yan yana duran hukuk normlarının ilişkisini düzenlediğini ve bu nedenle çatışma değil, yarışma halleri için geçerli olduğunu belirtmektedir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 4.

⁵⁶¹ Gözler, “Yorum İlkeleri”, 100.

çatışmaları için etkisizdirler⁵⁶². Bu konuda daha fazla ayrıntıyı bir sonraki başlıkta, anayasal hak çatışmalarının yapısını incelerken vereceğiz.

Tam burada, çatışma ilkelerine dair önemli bir konuya değinmek istiyoruz. Bu ilkelerdeki fiil, Türk hukuk literatüründe bugüne kadar süregelen halde “...ilga eder” şeklinde çevrilmektedir⁵⁶³. Biz de bu şekildeki çeviriyi kullandık. Fakat her üç ilkenin açıklamasına bakıldığında “yürürlükten kaldırma” anlamına gelen ilga durumundan değil, ancak uygulamada çatışan normlardan birini “esas alma” ve diğerini “ihmal” etme yaptırımından bahsettiğimiz açıkça görülmektedir⁵⁶⁴. Bunu netleştirmek için ilganın ne anlama geldiğini açıklayalım.

“İlga” (*repeal, abrogation*), “kanun koyucunun mevcut bir kanunu(n) geçerliliğine son vermek konusunda açıkladığı bir iradedir”⁵⁶⁵. Literatürde açık (sarih) ve zımni ilganın varlığı kabul edilmektedir. Açık ilga, bir normun geçerliliğini sonlandırmak konusunda yasa koyucunun kesin iradesini açıkça ortaya koymasındır. Zımni ilgada ise yasa koyucunun, mevcut normun geçerliliğine son verme yönünde açıkça iradesini belirtmemekle beraber, önceki normla çelişkili bir norm ihdas ederek öncekini üstü kapalı olarak ortadan kaldırdığı düşünülmektedir⁵⁶⁶. Böylelikle yeni çıkan kanunun, kendisiyle çelişen önceki kanunu yürürlükten kaldırdığı kabul edilmektedir⁵⁶⁷.

Zımni ilga çoğunlukla kabul edilse dahi teknik anlamda yürürlükten kaldırma anlamına gelip gelmediği noktasında öğretide bir tartışmanın varlığı gereklidir.⁵⁶⁸ Biz bu

⁵⁶² Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 54-55; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 257; Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 729, 730; Barak, *Proportionality*, 88. Aynı yönde Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 20. Gözler bu çatışma ilkelerinin uygulanamayacağı çatışmaları gerçek çatışmalar (*antinomies*) olarak tanımlamaktadır. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 257. Ancak biz yukarıda “gerçek hak çatışmaları”nı, “sahte hak çatışmaları” karşısında konumlandırıp açıklamıştık. Dolayısıyla Gözler’in kullandığı anlamda “gerçek hak çatışmaları” kavramını kullanmıyoruz. Bununla birlikte Gözler’in bu kavramla, klasik norm çatışma ilkelerine başvurularak çözülemeyecek (anayasal) hak çatışmaları konusunda yapmak istediği vurgu konusunda hemfikiriz.

⁵⁶³ Turhan, “Hans Kelsen’in ‘Normatif Alternatifler Kuramı’nın Gözden Geçirilmesi”, 5.

⁵⁶⁴ Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 80. Ayrıca bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 54.

⁵⁶⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, 243.

⁵⁶⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, 244. “Sarih ilga” ve “zımni ilga” tanımları için ayrıca Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 81.

⁵⁶⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, 244.

⁵⁶⁸ Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 81. Bizim de yukarıda yer verdiğimiz Gözler’in zımni ilga tanımını değerlendiren Gülgeç ise bu tanım dikkate alındığında ortada “ne doğrudan ne de zımni şekilde ilga” olmayacağı kanaatinde. Yazar bir normun metninden, bu normun başka bir normu yürürlükten kaldırdığı sonucuna varılmadıkça

gerekliliğe dikkat çeken Ozan Ergül'ün, zımni ilga kabul edilen durumda teknik anlamda ilgadan, yani normun varlığının son bulmasından veya normun yürürlükten kaldırılmasından bahsedilmeyeceği yönündeki kanaatine katılıyoruz⁵⁶⁹. Bu açıklamalardan sonra, ilga ile çatışma ilkeleri arasındaki ilişkiyi ortaya koyabiliriz.

Lex superior ilkesine göre alt norm ile üst normun çatışması halinde üst normun uygulanması alt normu geçersiz kılmaz. İlkeye göre somut olayda *ihmal* edilerek⁵⁷⁰ uygulanmayan alt norm, iptal edilmediği sürece geçerli olmaya devam etmektedir⁵⁷¹. Farklı hiyerarşideki normlar arasındaki çelişkilerde, çelişkiyi giderme aracı zımni ilga değil, iptal edilebilirliktir⁵⁷². Dolayısıyla alt norm, ancak yargısal denetim sonucunda üst norma aykırı bulunursa *geçersiz* hale gelmektedir⁵⁷³.

Lex specialis ilkesine göre, özel norm uygulanırken genel norm geçerli olarak kalmaya devam ettiği için bu konuda bir tartışmaya gerek yoktur. Özel norm yürürlükten kaldırılrsa dahi, daha öncesinde özel normun kapsamına giren durumlar genel normda altlanabilecektir.

Burada esas tartışma *lex posterior* ilkesi ile zımni ilga arasındaki ilişkide alevlenir. *Lex posterior* ilkesinde çoğu zaman yasa koyucunun sarih ilgası kabul edilmektedir. Biz bu ilkenin uygulanması halinde yeni normla çatışan eski normun “uygulanmadığı”, ancak teknik olarak mevzuat içinde “yürürlükte” kaldığı kanaatine katılıyoruz⁵⁷⁴. Bu görüşü savunan Ergül, “ilga” teriminden başka bir terime ihtiyaç duyulduğuna dikkat çeker⁵⁷⁵.

Bizce eski norm “uykuda”dır. Ne demek istediğimizi, “ilga eden kanunu ilga etmek, ilga edilmiş kanuna tekrar hayat vermez” (*abrogata lege abrogante non reviviscit*

ilgadan bahsedilmeyeceğini savunur. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 50. Ancak yazarın vardığı sonucu kabul etmekle beraber, biz bu açıklamanın yeterli olmadığı görüşündeyiz. “Normun metninden” bu yönde bir sonucun çıkma(ma)sını nasıl yorumlayabiliriz. Muhakkak ki yazar burada haklı olarak, normun metninden “açıkça” “yürürlükten kaldırma/ilga etme/geçersiz kılma” anlamlarından birinin çıkmasını kastetmektedir.

⁵⁶⁹ Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 81.

⁵⁷⁰ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 49. Vurgu bize ait.

⁵⁷¹ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 104. Ayrıca bkz. Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 80.

⁵⁷² Turhan, “Hans Kelsen’in ‘Normatif Alternatifler Kuramı’nın Gözden Geçirilmesi”, 5.

⁵⁷³ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 104. Vurgu bize ait.

⁵⁷⁴ Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, 81.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, 81-82.

lex abrogata) ilkesini⁵⁷⁶ göz önünde tutarak açıklayalım. Bu ilkeyi netleştirmek adına, önceki normu yürürlükten kaldıran yani ilga eden bir normun yürürlüğe konulduğunu düşünelim. Sonraki norm açıkça, “önceki norm yürürlükten kaldırılmıştır” demektir. Buna göre önceki kanunu ilga eden kanun ilga edilse dahi, bu kanunun ilga ettiği kanun tekrar yürürlüğe giremeyecektir.

Şimdi, zımni ilga olarak iddia edilebilecek, sonradan ihdas edilen kanunun önceki kanunla çelişkili hükümler içerdiği durumu düşünelim. Örneğimiz açıklayıcı olsun diye bariz bir farklılıktan yola çıkalım. A normunun şöyle dediğini varsayalım: “Üçüncü dereceye kadar akraba evlilikleri yasaktır.” Bu normdan sonra yasa koyucunun B normunu ihdas ettiğini düşünelim. B normu: “Dördüncü dereceye kadar akraba evlilikleri yasaktır.” B normunun yer aldığı kanunda, “A normu ... yürürlükten kalkar/kaldırılmıştır” denmediğini varsayalım. Burada uygulanacak norm *lex posterior* ilkesi gereği artık B normudur. Hukuku uygulayanlar B normundan önce yasak olmayan dördüncü dereceye kadar evliliklerin, artık yasak olduğu yönünde davranacaklardır. Örneğin, dördüncü derece akrabalar arasında bir nikah işlemi yapılamayacaktır. Ancak B normunun bir şekilde yürürlükten kaldırıldığını varsayalım. İşte bu durumda “uykuda” olan A normu yeniden uygulanabilir hale gelecektir⁵⁷⁷.

Gözler’e göre birbiriyle çatışan iki hukuk kuralı, aynı zamanda yürürlükte olamayacağı için sonraki kanunun, önceki kanunu zımnen ilga ettiği kabul edilmektedir⁵⁷⁸. Biz buna katılmadığımızı izah ettik. Çelişen iki hukuk kuralı aynı

⁵⁷⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, 244.

⁵⁷⁷ Elbette bir hukuk düzeninde bu şekilde uykuda olup her an uyanacak kanunların varlığı savunulabilecek ve istenebilecek bir durum değildir.

⁵⁷⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, 244. Görünen o ki aynı iddiaya Barak da sahiptir. Bkz. bu çalışma dp. 548. Çatışan iki normdan birisinin aynı zamanda yürürlükte olamayacağı değil de, belki sonraki çelişen normun uygulanmasıyla önceki normun uygulanmaması ve minimum bir etkililiğinin dahi kalmaması nedeniyle geçerli olmaktan çıktığı iddia edilebilir. Bu noktada anayasal “geçerliliğin” ne olduğu önemlidir. Geçerlilik gerek pozitivist gerekse de doğal hukukçu yazarlar tarafından normun bağlayıcı olması olarak kabul edilmektedir. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 15. Hukuki bağlayıcılık ise hukuki varlıkla özdeş kabul edilir. Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 3-6; Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 15. Geçerlilik en basit tanımıyla normun usulüne ilişkin olarak yaratılmış olması, yani “varlığı” olarak tanımlanabilir. Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 3. Geçerlilik konusunu geniş bir şekilde ele almak bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Nitekim hukuki geçerliliğe ilişkin birbirinden farklı yaklaşımlar ve hatta bu yaklaşımlardan oluşacak kombinasyonlar vardır. Bkz. *Ibid.*, 63 vd. Bu konuda pozitivist teoriyi göz önünde tutup biçimsel geçerlilik anlayışını kabul etmek gerekmektedir. Ayrıntılar için *Ibid.*, vd. Yukarıdaki açıklamalarımız için asıl önemli nokta, hukuk normunun geçerli olarak kabul edilmesi için “normun geçerliliği ile asgari etkililiği” arasındaki ilişkinin ne olduğudur. Biçimsel geçerlilik yaklaşımında normun biçimsel geçerliliği, diğer deyişle hukuk düzenine aidiyetini geçerliliğin asıl (*per quam*) koşuludur. Biçimsel yaklaşım, ek (*sine qua*

zamanda yürürlükte olabilir, ancak olması gereken bu çelişkiyi inkar etmek değil; ortadan kaldırmak veya hukuk düzenini bir ideal olan çelişkisiz sisteme yakınlaştırmaktır. Yorum ilkeleri tam da bu amacı taşırlar. Bundan ne kastettiğimizi, hemen aşağıda ele aldığımız “anayasanın bütünlüğü ilkesi” ile daha net açıklayacağız.

Bu başlığı kapatmadan önce, açıklamalarımıza Alexy’nin kurallar ve ilkeler ayrımı ile ilişkisine dair kısa bir not eklemek isteriz. Anayasa normlarını, kurallar ve ilkeler olarak ayıran ve anayasal hakları genel olarak ilkeler olarak kabul eden Alexy’ye göre, kurallar çatışması bir geçerlilik sorunudur. İki kural arasında çatışma varsa, bu çatışma ya birine öncelik verilerek, ya biri geçersiz kılınarak veya biri diğerine uygun bir istisna şeklinde inşa edilerek çözülebilir. Dolayısıyla kurallar sabit noktalardır (*fixed points*); somut olayda ya yerine getirilirler veya getirilmezler. İlkeler ise çatışmak yerine yarışır⁵⁷⁹. Geçerlilik konusunda görüşlerimizi dile getirdik. İlkelerin ve dolayısıyla Alexy’nin kabulüyle anayasal hakların yarışması görüşüne neden katılmadığımızı ise bir sonraki bölümde açıklayacağız.

non) koşullar olarak ise normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiği ile bu normun kendisinin minimum etkililiğini aramaktadır. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Mac Knight (New Jersey; The Law Book Exchange, 2008), 211-213. Ayrıca Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 99-109. Kelsen normun hiç uygulanmaması veya norma hiç uyulmaması yoluyla etkisiz hale gelmesini, bir nevi negatif örf adet olarak tasvir ettiği *desuetudo* olarak tanımlar. Kelsen, *Pure Theory of Law*, 213; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, çev. Anders Wedberg (Cambridge, Massachusetts; Harvard University Press, 1949), 119. Bu konular derin bir analiz yürütülerek tartışılması gereken konulardır. Biz bu konuda kısaca Gülgeç gibi, geçerlilik ile etkililik arasında böyle bir ilişkinin varlığının Hume Kanununa göre olan ile olması gereken ikiliğine aykırı olduğunu düşünüyoruz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 105-106. Bu nedenle açıkça yürürlükten kaldırılmadığı sürece önceki normun geçerli kalacağı görüşündeyiz. Geçerlilik için minimum etkililik şartını dikkate aldık diyelim. Yukarıda örnek verdiğimiz B normunun büyük tepkilere yol açtığı için yasa koyucu tarafından yürürlüğe girmesinden itibaren sadece 10 gün sonra yürürlükten kaldırıldığını düşünelim. Bu durumda A normunun minimum etkililiği olmadığı ve bu nedenle de geçersiz olduğu söylenebilir mi? İşte tam bu noktada, ilga edilen kanunun, onu ilga eden kanunun ilgası nedeniyle dirilememesi noktasındaki farkı görüyoruz. B normu ilga edilmediği için bizce geçerli bir norm olarak hukuk sisteminde devam edebilecektir. Bu hususu Kelsen’in aradığı şartları nitelemesiyle de bağlayabiliriz. Buna göre, geçerlilik için asıl şartın hukuk düzenine aidiyet, etkililiğin ise ek şartlar olduğunu belirtmiştik. Biz A normu açıkça ilga edilmediği için hukuk düzenine aidiyetinin devam ettiğini düşünüyoruz. Ek koşullar ifadesi burada normların “geçerliliklerini kaybetmemeleri için” aranan şarttır. Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 98. Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 212-212; Kelsen, *General Theory of Law and State*, 119. Bu durumda hukuk sistemine aidiyeti devam edip minimum etkililiği sağlayamayan normun bu şekilde geçerliliğini yitirdiği, ancak minimum etkililiğini yeniden kazandığı noktada (yani “*desuetudo*”nun tersine döndüğü noktada) geçerli bir norm olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülemez mi? Bu soruya evet yanıtının verilmesi durumunda B normu uzun yıllar sonra ilga edilmiş olsa da A normu geçerli norm olarak hukuk düzeninde yaşamaya devam edecektir.

⁵⁷⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 47-49, 57-58.

c. Anayasanın Bütünlüğü İlkesi

Üstteki başlıkta, çatışma çözüm ilkelerinin neden işimize yaramayacağını açıkladık. İlginç olan şudur ki normatif bağdaşmazlıklarla dolu olan hukuki sistemler hayatta kalabilmek amacıyla çatışma çözüm araçları geliştirmişlerdir, ancak anayasal haklar pek bu açıdan çalışılmamıştır⁵⁸⁰. Anayasal hak ve özgürlük hükümleri, çatışmalar için çözüm kuralları da öngörmemişlerdir. Bu nedenle bunlar arasında bir denkleştirme yapılırken çoğunlukla anayasal ilkeler ve temel yorum kuralları kullanılmaktadır⁵⁸¹. Bu ilkelerin başında ise “anayasanın bütünlüğü ilkesi” (anayasanın birliği, *die Einheit der Verfassung*) gelmektedir.

Anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal normların arasında hiyerarşi olmamasının getirdiği bir yorum ilkesidir. Bu ilke esasen sistematik yorumun bir görünümüdür. Buna göre, anayasanın bir hükmü tek başına değil, anayasanın bütünlüğü içerisinde diğer normlarla ilişkili olarak ve çelişkiye düşmeyecek şekilde değerlendirilmektedir⁵⁸².

Anayasanın bütünlüğü, bir olgu veya gerçeklikten ziyade, içtihat hukuku ve literatürde anayasanın yorumlanmasına ilişkin en önemli ilke olarak kabul edilmektedir⁵⁸³. Anayasal hak çatışmaları ile sınırlama arasındaki ilişkiyi değerlendirirken tekrarlayacağımız üzere, Federal Anayasa Mahkemesi için “yorumla ilişkin en üstün ilke”, anayasanın mantıksal ve amaçsal sembol olarak bir bütün kabul edilmesidir; böylece Anayasa, siyasi ve sosyal yaşam için yeknesak bir sistem oluşturacaktır⁵⁸⁴. Türk Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında anayasanın tüm

⁵⁸⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 54.

⁵⁸¹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 35.

⁵⁸² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, 39, 136; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 99; Abdurrahman Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı* 33 (2016): 281; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 133; Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 56; Bülent Nuri Esen, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972), 74-75; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 11 (para. 20), 27 (para. 71); Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 338, 339.

⁵⁸³ Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 56. Ayrıca Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 140 (para. 312); Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 338, 339. Blaesing de bu ilkenin bir yorumlama maksimi olduğuna; yani, yalnızca anayasada yer alan ve kararı mümkün kılacak olan anayasal hükümlerin anlaşılışında yardımcı bir araç olduğuna dikkat çekmektedir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 34.

⁵⁸⁴ Andreas L. Paulus, “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”, *Anayasa Yargısı* 30, no. 1 (2013): 30. Federal Anayasa Mahkemesi ilk kararlarından birinde zaten bu ilkeye değinmiştir. BVerfGE 1, 14 (32) (*Südweststaat*). Dikkat çeken Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 166.

maddelerinin aynı etki ve değere sahip olup birinin diğerine üstün tutulamayacağını belirtmiştir. Böylece –ismini kullanmaksızın- anayasanın bütünlüğü ilkesi yorumuna başvurmuştur⁵⁸⁵.

Anayasal normların çelişmezliği ve anayasanın bütünlüğü ilkeleri ile bunun uygulaması olan pratik uyum ilkelerine rağmen hak çatışmaları ortaya çıkabilir⁵⁸⁶. Zira “her temel hakkın kendine özgü bir norm alanına sahip oluşunu, aralarında hiçbir bağlantı bulunmayan adacıklar şeklinde düşünmek yanlış olur”⁵⁸⁷.

Hak çatışmaları ile sınırlama arasındaki ilişkiyi incelerken ayrıntılandıracağımız üzere; anayasal hak sahiplerinin karşılıklı özgürlük alanlarının çatışması, anayasal hukuk düzeninin karşılıklı bir düzen olarak yaratılmasından kaynaklanmaktadır⁵⁸⁸. Bu düzende, hiçbir temel hak sahibi sınırsız özgürlüğe sahip değildir, özgürlüğü ancak diğerinin özgürlüğüne dayanmalı ve buna göre ölçülmelidir. Bu, anayasanın birliği ya da “anamlı bir bütün” olarak anlaşılmalı istenen hukuki sistemin mantığı ile çelişmez⁵⁸⁹. Çünkü anayasal bir uyum, nihayetinde çelişkili konumların olmaması ile nitelendirilir, ancak karşıt konumların bir bütün olarak reddedildiği anlamına gelmez. Daha ziyade, anayasal hakların çatışması meydana geldiğinde, hukuki sistem çelişen anayasal hakları dengelemeye çağırır⁵⁹⁰. Dolayısıyla, hukuk sistemlerinde anayasal hak çatışmalarının ortaya çıkması, özgürlüğü koruyan bir düzen olarak kabul edilmektedir⁵⁹¹. Bu düzende anayasanın uygulanmasında tutarlılığı ve istikrarı sağlayan anayasanın

⁵⁸⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 253; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 342 (dp. 316). Türk Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi sisteme uygun yorum çerçevesinde “hukukun genel ilkeleri çerçevesinde yorum” olarak da algılamaktadır. Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 169 (dp. 49). Burada Mahkemenin kararlarına değinme gereği duymuyoruz. Türk Anayasa Mahkemesinin çatışmayı nasıl ele aldığına incelenmesinde bu ilkeye yeniden değineceğiz. Ancak kimi kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 15 Ekim 2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı Karar, RG, 12 Aralık 2003, Sayı 25314; Anayasa Mahkemesi, 13 Mart 2006 tarih ve E.2006/21, K. 2006/38 sayılı Karar, RG, 11 Aralık 2007, Sayı 26727; Anayasa Mahkemesi, 23 Kasım 2016 tarih ve E.2016/46, K.2016/178 sayılı Karar, RG, 13 Aralık 2016, Sayı 29917. Kararlara dikkat çeken Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 169 (dp. 49); Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 253 (dp. 13).

⁵⁸⁶ Aynı yönde Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 136.

⁵⁸⁷ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 136.

⁵⁸⁸ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 256 vd.; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 18.

⁵⁸⁹ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 18.

⁵⁹⁰ Karş. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 9; Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 18. Ayrıca bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 23-24.

⁵⁹¹ Schulz, *Grundrechtskollisionen*, 18.

bütünlüğü ilkesidir⁵⁹². Hatta bu ilke sistematik-teleolojik yorum çerçevesinde, “hak ve özgürlüklerin birbirilerini ya da anayasal değerlerin hak ve özgürlükleri desteklediğini de ortaya koyabilecek güçlü bir araç” olarak görülmektedir⁵⁹³.

Soruna daha farklı yaklaşan Zucca’ya göre, klasik çatışma ilkelerinin uygulanacağı durumlardan farklı olarak, anayasal hak çatışmaları hukuki sistemin birliğine özel bir tehdit oluşturmaktadır. Ancak bu durum, hukuk sisteminin birliğini zedeliyor, diye çatışmayı görmezden gelmemize yol açmamalıdır. Çünkü bir hukuk sisteminin uyumu öncelikli bir çelişme ilkesini dayatmaz⁵⁹⁴.

Anayasa normları arasında her zaman belli çatışma ve çelişkilerin mevcut olmasından da anlaşılacağı üzere, anayasanın bütünlüğü mutlak değildir ve bu ilke anayasanın gerçekte sorunsuz, sakin ve gerilimsiz bir yapı olmadığını⁵⁹⁵ göstermektedir. Anayasanın bütünlüğü ilkesi anayasal normların çatışmadığı düşüncesinin üstüne kurulmuş bir ilke olmanın aksine, çatışmaların varlığını gizli olarak içinde barındıran ve hatta bu bilgi üstüne yükselen bir ilkedir. Çünkü tam da bu tür çatışmaların ortaya çıkma ihtimali nedeniyle bu ilkeye ihtiyaç vardır. Anayasal hak çatışmalarını dışlamayan bu ilke, önceden olmasa da, bunları hesaba katmaktadır ve bunların uyumlaştırıldığı bir çatışma çözümünü gerektirmektedir⁵⁹⁶. Dolayısıyla geriye, mükemmel olmayan bu birliğin inşasını⁵⁹⁷ sarsmayacak şekilde çatışmalarla yüzleşmek kalmaktadır.

⁵⁹² Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 338.

⁵⁹³ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 169-170. Ayrıca bkz. Hans Lothar Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne besondere Vorbehaltsschranke” (Doktora tezi, Ludwig Maximilian Universität, München, 1970), 21; Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55 vd; Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 5.

⁵⁹⁴ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 54.

⁵⁹⁵ Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 339. Hatta Bethge bu ilkeyi “anayasal hakların çatışması ile tüm hukuk sisteminin (sözde) bütünlük ilkesi” (*Prinzip der Lückenlosigkeit*) altında değerlendirmektedir. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 5. Sancar da bu ilkenin bir “varsayım” ve “ideal” olduğunu vurgulamaktadır. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 338-339.

⁵⁹⁶ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 9. Ayrıca Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 339. Bu çatışma çözümünde, uyumlaştırmanın hangi seviyede ve kimlerce yapılacağı ise ikincil bir soruyu teşkil etmektedir. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 9.

⁵⁹⁷ Sancar’ın deyimiyle “burada kesin ve mükemmel bir uyum, sürekli erişilemeyen bir durum olarak kalacaktır; çünkü birbiriyle uyumsuz anayasa normlarının etki gücü ve alanı, her zaman yeniden belirlenmek gerekir.” Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 340. Aynı yönde Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 177. Blaesing de Anayasada yer alan çok sayıda farklı ilke ve kavramlardan ötürü münferit parçaların bir bütün halinde düzgün bir şekilde birleştirilmesinin imkansızlığını vurgulamaktadır. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 99.

Yukarıda “anayasal hak çatışmaları ile anayasal hakların özel hukuka etkisi arasındaki ilişki” ve “anayasal hak çatışmaları ile klasik norm çatışma ilkeleri arasındaki ilişki” başlıkları altında, anayasal hakların yapısına dair birçok bilgiyi ortaya koyup düşüncemizi ifade ettik. Bu açıklamalarımız, bir sonraki bölümde ele alacağımız “Anayasal hakların ve anayasal hak çatışmalarının yapısı ile çatışma tipolojisi” başlığı altında yapacağımız açıklamalarla birbirini tamamlayacaktır. Bu iki başlık bir bütün halinde değerlendirildiğinde, anayasal hak çatışmalarının yapısı daha doğru bir şekilde ortaya konmuş olacaktır.

III. ANAYASAL HAKLARIN VE ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ YAPISI İLE ÇATIŞMA TİPOLOJİSİ

Bu başlık altında şu sorulara yanıt arayacağız: Anayasal hak normlarının yapısı nasıldır? Anayasal haklar için öne sürülen kurallar ve ilkeler ayrımı doğru mudur? Anayasal hak çatışmaları ile norm çatışmaları aynı mıdır? Değilse o zaman aralarındaki fark nedir? Anayasal hak çatışmaları uygulamadaki sorundan mı kaynaklanır yoksa uygulamadaki çatışma, norm çatışmasının bir eseri midir? Bir başka ifadeyle, çatışma anayasal düzenlemeden kaynaklanan hukuki normatif bir sorun mudur; yoksa sorun hukuki düzen olmamakla beraber somut olayların gelişmesi çerçevesinde uygulamada mı ortaya çıkmaktadır? Biz bu sorulara, Martinez-Zorrilla’nın anayasal hak çatışmalarının “standart anlayışı” olarak kavramsallaştırdığı tezler bütünü çerçevesinde yanıt arayacağız.

A. GİRİŞ YERİNE: ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ STANDART ANLAYIŞI

Yukarıda yer verdiğimiz sorulara bulacağımız yanıtlar, hem çatışmayı iyi anlamamıza hem de bununla bağlantılı olarak çatışma çözümleri için uygun metotları tespit etmemize yardımcı olacaktır⁵⁹⁸. Bu yanıtları aramadan önce Martinez-Zorrilla’nın anayasal hak çatışmaları üzerine çizdiği ve esasen hak çatışmalarına dair belli bir tutumun özeti olan ana çerçeveye bakalım. Yazar, anayasal hak çatışmalarına ilişkin literatüre ve “anayasal olarak korunan iyilikler”, “anayasal değerler” vb. ilgili kavramlara

⁵⁹⁸ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 32.

bakıldığında ortaya çıkan bu genel teorik çerçeveyi anayasal hak çatışmalarının standart anlayışı olarak tanımlamaktadır⁵⁹⁹.

Anayasal hakların çatışmalarına ilişkin bu “standart anlayış” aşağıdaki üç temel tezle özetlenebilir:

1. Çoğunlukla “anayasal haklar” arasında diye belirtilse de aynı zamanda “anayasal olarak korunan iyilikler, “anayasal değerler” vb. çatışmalarda içerilen normatif unsurlar, hukuki kurallar değil; hukuki ilkelerdir⁶⁰⁰.

2. Anayasal haklar (veya genel olarak ilkeler) arasındaki çatışmalar, kurallar arasındaki karşıtlıklar gibi *a priori* veya *in abstracto* belirlenemezler. Çünkü içerilen normlar mantıksal olarak tutarsız değildirler. Normlar mantıksal olarak tutarlıdır veya uyumludur. Çatışma ise, somut davadaki spesifik ampirik koşullardan ötürü ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemindeki mantıksal bir kusurun sonucu olmayan anayasal haklar arasındaki çatışmalar somutturlar (*in concreto*)⁶⁰¹. Özetle, bunlar arasındaki çatışmada karşıtlık yoktur (veya en azından bunun sebebi bir tutarsızlık değildir)⁶⁰².

3. Kurallar arasındaki birçok çatışmayı çözen klasik norm çatışma yöntemleri, anayasal haklar arasındaki çatışmaları çözemez⁶⁰³. Hukuki kurallar arasındaki çatışmayı çözmek için, normlardan en az birinin geçersiz olması veya birinin diğerinin istisnası olması şeklinde yalnızca iki mekanizma vardır⁶⁰⁴. Bu iki mekanizma da genel ve kesin çözüm sunmaktadırlar. Oysa ilkeler arasındaki çatışma, tartım ve dengeleme olarak adlandırılan özel bir metoda başvurmayı gerektirmektedir. Bu metotta,

⁵⁹⁹ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 730. Bu anlayışın en önemli temsilcisi Robert Alexy’dir. Bkz. Alexy, *Theorie der Grundrechte*; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”; Alexy, “On Balancing and Subsumption”. Bizim için önemli olan daha çok Alexy’nin görüşleri olsa da bu anlayış yalnızca onda yoktur. Dworkin de bu görüşü temsil eden yazarlardan biridir. Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Martinez-Zorrilla’nın değindiği bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 730 (dp. 1). Ancak bu standart anlayışı kısmen veya tamamen reddeden yazarlar da vardır. Bunlardan bizim de çalışmamızda yer verdiğimiz yazarlar olarak Zucca’yı (Zucca, *Constitutional Dilemmas*; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”) ve Martinez-Zorrilla’yı örnek verebiliriz.

⁶⁰⁰ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 730.

⁶⁰¹ *In concreto* ve *in abstracto* çatışmalar için yazar Guastini’ye atıf yapmaktadır. Ancak ne yazık ki eserleri İtalyanca olan bu yazardan biz yararlanamadık. *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.* Bu görüşü Dworkin’i incelerken daha fazla açacağız. Bkz. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 27.

⁶⁰³ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 729.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, 730-31. Bkz. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 27.

ne ilkelerden birinin geçersizliği ne de genel bir istisna durumu söz konusudur. İki temel hak çatışmasında, tartım ve dengeleme aracılığıyla bir çözüme ulaşıldığında her iki norm da geçerlidir. İleride yeniden çatıştıklarında, bu defa davanın özel koşulları neticesinde, önceki kararlar zıt yönde bir çözüm ortaya çıkabilir⁶⁰⁵.

Anayasal hak çatışmalarına dair bu “standart anlayış” a göre, bu üç tez arasında içeriksel bir bağlantı görünmektedir. Çatışmanın yapısı ve çözüm için tartım ve dengeleme iddiası, kural ve ilke arasındaki ayrıma dayanılarak temellendirilmektedir⁶⁰⁶.

Bu üç tez de sorunludur⁶⁰⁷. Biz bu üç tezdten ilk ikisini bu bölüm altında ayrıntılarıyla ele alacağız. Üçüncü teze dair olarak, klasik çatışma çözüm yöntemlerinin anayasal hakların çatışmasında neden etkisiz olacağını belirtmiştik. Anayasal hakların çatışmasına alternatif olarak sunulacak çözüm yöntemlerine ışık tutacak ufak bir değinmeyle konuyu kapamıştık. Bu anlamda aslında şimdiye kadar üçüncü teze uyumlu açıklamalarda bulunduk. Ancak ilk iki tezi açıkladıktan sonra üçüncü teze dair, çatışmayı çözmek için etkili olabilecek çözüm yöntemlerine de değinmemiz gerekecektir. Bunu çatışma çözüm kısmında yapacağız. Bu bölüm altında açıklayacaklarımız ise esasen ilk iki teze ilişkindir.

Bu üç teze baktığımızda bölüm altında ele alacağımız sorular da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır: Anayasal hakların çatışmasında kastedilen, çatışan “şey” “nedir? Anayasal haklar yapıları gereği, ilkeler olarak mı kabul edilmelidir? (Tez 1 ile gelen sorular). Anayasal hak çatışmaları, norm çatışmalarından tamamen farklı mıdır? (Tez iki ile gelen soru). Anayasal hak çatışmalarında tartım ve dengeleme kaçınılmaz çözüm yolları mıdır? (Tez üçle gelen soru).

Yukarıdaki soruları yanıtlayabilmemiz için anayasal hakların yapısını kavramamız gerekmektedir. Anayasal haklar ve anayasal hak normlarının yapısı anlaşılmadan, anayasal hak normları arasındaki çatışma çözülemez. Hakların yapısı, hakların analitik ve normatif yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Bu yapıyı anlamak zor olsa da, bunları açıklamak anayasal hakların nasıl işlediğini anlamamıza da yardımcı

⁶⁰⁵ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 731.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*

olacaktır⁶⁰⁸. Ayrıca anayasal hak çatışmalarının kurallar çatışması mı ilkeler yarışması mı olduğu da ancak bu yapı dikkate alınarak incelenip araştırılabilir⁶⁰⁹. Fakat biz bu yapıya geçmeden önce, anayasal hak normlarının, onları diğer anayasal normlardan ayıran genel özelliklerine değinmemizin faydalı olacağını düşünüyoruz.

B. ANAYASAL HAK NORMLARININ GENEL ÖZELLİKLERİ

Anayasal hakları diğer haklardan ayırmaya yoğunlaşan çok az çalışma vardır⁶¹⁰. Bizim çatışmaların yapısını anlayabilmemiz için öncelikle anayasal haklarının yapısını genel itibarıyla diğerlerinden ayıracak bir açıklamaya ihtiyacımız vardır⁶¹¹. Bu nedenle bu başlıkta, anayasal hak normlarını diğer anayasal normlardan ayrı bir yere koyan ve özellikle de hak çatışmalarına yol açan kimi özelliklerine değineceğiz.

Anayasal hak hükümleri, hakları oldukça soyut şekilde güvence altına almaktadır. Bireyin devlete karşı soyut olarak tanımlanmış konumlarını korumak anayasal hakların belirleyici nitelikleridir⁶¹². Anayasal hak hükümleri nispeten ucu açık normlardır. Bu anlamda hem belirsiz hem de tehlikeli yapılardır. Nitekim anayasal hak normlarının bu açık uçlu yapıları yargısal yoruma da yol açmaktadır⁶¹³. Stone Sweet ve Mathews'ın deyimiyle, anayasal hak normları katı ve partizan bir şekilde yorumlanma tehlikesi içermektedir. Bu yapıları nedeniyle, hakimleri dengeleme prosedürüne itmektedirler. Ayrıca taraflara, bunu dayatmak için sağlam gerekçeler sunmaktadırlar⁶¹⁴.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki anayasaların yapılarında; birçok hak hükmünün açık bir şekilde belirtilmesi, ancak bunların mutlak olmayışı, daha başka birçok anayasal değerle sınırlandırılmasının mümkün olması da çatışma ihtimalini artırmaktadır⁶¹⁵. Yani aslında hem birçok hakkın tanınması hem de bu metinlerde muhakkak sınırlama hükümlerinin yer alması çatışma sebeplerinden biridir⁶¹⁶. Bununla ne kastettiğimizi Stone Sweet ve Mathews'ın verdiği bir örnek ile açıklığa kavuşturalım. İspanya Anayasasının

⁶⁰⁸ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 47.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, 6.

⁶¹⁰ Bunu çalışmada gerçekleştirmeyi amaçlayan *Ibid.*, 27.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² Alexy, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", 132.

⁶¹³ Stone Sweet ve Mathews, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", 12. Aynı yönde Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 574.

⁶¹⁴ Stone Sweet ve Mathews, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", 12.

⁶¹⁵ *Ibid.* Örnek Almanya Anayasası (m. 2/1), İspanya Anayasası, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı. *Ibid.*, 12-13.

⁶¹⁶ *Ibid.*, 12.

20'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ifade özgürlüğü hakkını içermektedir. Ancak aynı maddenin dördüncü fıkrası “kişisel onur ve özel yaşam dahil olmak üzere başkalarının hakları”na atıfla hakkın sınırlanmasını öngörmektedir⁶¹⁷. Yine 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine bakıldığında ilk bakışta tüm haklar mutlakmış gibi görünmektedir. Ancak Bildirge'nin 29'uncu maddesinin ikinci fıkrasında⁶¹⁸ genel sınırlama hükmü yer almaktadır⁶¹⁹. AİHS'te ise bilindiği üzere, genel bir sınırlama hükmü yerine spesifik sınırlama hükümleri vardır⁶²⁰.

İlgili düzenlemelerde bir yandan hakkın sunulması, öte yandan yine başka haklara tekabül edecek sınırlama gerekçelerinin içerilmesi yukarıdaki örneklerle gösterilmektedir. Bu sebep, basitçe, korunan anayasal hak sayısının artması olarak tanımlanabilir. Böyle uzun bir hak listesi de hakların çatışmasını kaçınılmaz kılmaktadır⁶²¹. Glendon bu durumu, “hak katalogları uzadıkça, haklar arasındaki çatışma durumları da çoğalır” diye açıklamaktadır⁶²².

Tüm bunlara ek olarak, hak bildirgelerinde temel hakların kurucu-temel değerler plüralizmi sergilenmektedir. Bu bildirgelere bakıldığında, bir değer diğerine karşı (hiyerarşik bir) üstünlüğünün olmadığı görülmektedir. Zaten öyle olsaydı hak çatışmasının anlamı olmazdı⁶²³. Anayasal düzenlerde şekli bir hiyerarşinin olmadığını biz yukarıda açıklamıştık. Dolayısıyla aynı iddia anayasal hak ve özgürlüklere ağırlık veren anayasal düzenler için de ileri sürülebilir. Peki, anayasal hakların bu özellikleri, onları diğer anayasal normlardan ayırmayı ve/veya ilkeler olarak kabul etmeyi gerektirir mi?

Kurallar ve ilkeler ayrımını, anayasal haklar çerçevesinde doğru bir şekilde ele almak önemlidir. Zira norm çatışması gibi karmaşık bir konu, böyle bir ayrıma dair tartışmalarla daha da karmaşık hale gelir. “Bu tartışma hukuk sisteminin kapsamına

⁶¹⁷ *Ibid.*, 12-13.

⁶¹⁸ “Herkes, haklarının ve hürriyetlerinin kullanılmasında, sadece, başkalarının haklarının ve hürriyetlerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi amacıyla ve ancak demokratik bir cemiyette ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı icaplarını yerine getirmek maksadıyla kanunla belirlenmiş sınırlamalara tabi tutulabilir.” <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (erişim tarihi: 7.12.2021).

⁶¹⁹ Barak, *Proportionality*, 25.

⁶²⁰ *Ibid.* Çok sayıda hak içermekle beraber genel veya özel sınırlama sebepleri de içeren diğer örnek düzenlemeler için bkz. *Ibid.*

⁶²¹ Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 4.

⁶²² Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, 16.

⁶²³ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

ilişkindir”⁶²⁴. Çünkü hukuk sisteminin yalnızca kurallardan oluştuğu kabul edildiğinde norm kavramının kapsamı da daraltılmış olacaktır. Böylece norm çatışmaları yalnızca kurallar arasındaki çatışmalardan ibaret kalacaktır. Ne zaman ki hukuk sistemlerinin yalnızca kurallardan değil, ilkelerden de oluştuğu kabul edilirse o zaman ilkelerin kendi aralarında ve ilkeler ile kurallar arasında da çatışma ihtimali ortaya çıkacaktır⁶²⁵. Elbette bu değerlendirmenin doğru kabul edilmesi, ilkenin nasıl tespit edildiğine bağlıdır. Örneğin pozitif olmayan ilkeler için bu tespit doğrudur. Ancak bir hukuk sisteminde öngörülmuş normatif bir ifadenin kural veya ilke olarak kabul edilmesi, hukuk sisteminin kapsamına ve çatışma sayısına etki etmeyecektir.

Biz de çalışmamızda, hukuk sisteminde kurallar ve ilkeler ayrımını ele alıp anayasal hakları ilkeler olarak değerlendirip değerlendirmedığımızı açıklayacağız. Bu nedenle aşağıda anayasal hakların yapısını ve niteliklerini daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

C. KURALLAR VE İLKELER AYRIMI

Anayasal haklar, anayasal hak teorisyenleri ile hukuki pozitivistler arasında önemli bir uyuşmazlık konusu olmuştur. Anayasal hak teorisyenleri anayasal hakları ilkeler dilinde değerlendirmiş ve ilkeler ile kurallar arasında mantıksal bir ayrım üzerine inşa edilmiş ilkeler teorisini geliştirmişlerdir. Buna göre, kurallar “ya hep ya da hiç” geçerlilik boyutuna sahipken, ilkeler önem ve ağırlık boyutuna sahiptirler. Bu nedenle, anayasal hakların öneminin veya ağırlıklarının ahlaki bir değerlendirmesi gerekmektedir⁶²⁶. Bu görüşü maddi anayasal hak teorisi ile Dworkin⁶²⁷, prosedürel anayasal hak teorisi ile Alexy⁶²⁸ temsil etmiştir⁶²⁹.

⁶²⁴ Canyaş, “Norm Çatışması”, 130.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 8; Altan Heper, “Alexy’nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki”, içinde *HFSA 12. Kitap*, haz. Hayrettin Ökçesiz (İstanbul: İstanbul Barosu yay., 2005), 65.

⁶²⁷ Özellikle Dworkin, *Taking Rights Seriously*.

⁶²⁸ Özellikle Alexy, *Theorie der Grundrechte*.

⁶²⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 8.

Bazı önemli farklılıklar bir yana hukuki sistemi bir kurallar sistemi olarak gören pozitivistler⁶³⁰, hukuk kavramının incelenmesini sistemleştirmeyi amaçlamaktadırlar⁶³¹. Pozitivistler, normların açık metinleri üzerinde durmakta ve yorumcuların takdir yetkilerinin genişliğine vurgu yapmaktadırlar⁶³². Anayasal hak teorisyenleri ise pozitivistlerin yargılama teorilerini çok ilkel görmekte ve belirsiz olmakla eleştirmektedirler. Zira onlara göre, kurallar sistemi hukuki ilkelerin rolü için yeterli değildir. İlkeler anayasal hakları daha iyi tasvir etmektedir ve hukuk sistemini ahlaka açmaktadır⁶³³.

Genel hatlarıyla hukuki pozitivism⁶³⁴ ile doğal hukuk (hukuki pozitivist olmayan) arasındaki asıl farkın; doğal hukuk teorileri hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantıyı varsayarken, pozitif teorilerin böyle gerekli bir bağlantıyı reddetmeleri olduğu iddia edilmektedir⁶³⁵. Ancak burada “hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantı”dan ne kastedildiğinin anlaşılması, iki teorinin arasındaki farkı tam anlamıyla ortaya koymak açısından önemlidir⁶³⁶. Biz çalışmamızın kapsamı açısından bu konuda derin bir tartışmaya girmeyi uygun bulmuyoruz. Yalnızca anayasal haklara ahlaki bir bakış açısıyla yaklaşmaktan kaçındığımızı belirtmekle yetineceğiz. Bu konuyu aşağıda, sadece çalışmamızla bağlantılı olacak şekilde ele alacağız⁶³⁷.

⁶³⁰ *Ibid.*; Ronald M. Dworkin, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (Autumn 1967): 22.

⁶³¹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 8.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.* Ayrıca bkz. Dworkin, “The Model of Rules”, 34 vd. Dworkin’in görüşleri temelinde, anayasal teorisyenler ile hukuki pozitivistler arasındaki bu fark için ayrıca bkz. M. Balkan Demirdal, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 789-820.

⁶³⁴ Hukuki pozitivismın temel özellikleri için bkz. Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivismın Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (Eylül 2003): 145-176.

⁶³⁵ Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (Baden-Baden: Nomos, 2018), 101; Engin Arıkan, “Robert Alexy’nin Doğruluk Argümanının Değerlendirmesi”, *SÜHFD* 28, no. 3 (2020): 1305-1306; Heper, “Alexy’nin Hukuksal Pozitivism Eleştirisi”, 65 vd.

⁶³⁶ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 101. Nitekim hukuki pozitivistler ile tabii hukukçuların görüşleri arasındaki ayırım dönüşmekte, bu iki görüşün savdukları hususlar değişmektedir. Hatta hukuk ile ahlak arasındaki ayırma dair hukuki pozitivistlerin yaklaşımı günümüzde farklılaşmaktadır. Bu anlamda ahlakiliğe yer veren hukuki pozitivistler de söz konusudur. Bkz. Uygur, “Hukuki Pozitivismın Değişen Yüzü mü?”, 145.

⁶³⁷ İsmail Köküarı, “Anayasal Hakların Çatışması” adlı eserinin önemli bir kısmını “Ahlak felsefesinde hakların çatışması” başlığına ayırmıştır. Yazar burada bu konuda yoğun olarak tartışılan (1) ahlaki değer çatışması mümkün müdür? ve (2) ahlaki değer çatışmalarının çözümü nedir? soruları ile ilgilenmiştir. Bkz. Köküarı < *Anayasal Hakların Çatışması*, 41-74.

Pozitivistler ile anayasal hak teorisyenleri şeklinde iki temel kutupla yaptığımız bu ayırım, gerek yabancı literatürde gerek Türk hukuk literatüründe, Hart ile Dworkin’in görüşlerinin karşılaştırılması bağlamında çalışılmıştır⁶³⁸. Esasen *hukukun ne olduğu*⁶³⁹ sorusunu yanıtlamaya ilişkin olan bu görüşlere, bizim çalışmamızda yer vermemiz bizi hem kendi konumuzun ana probleminden uzaklaştırır hem de hukuk felsefesi alanında, çalışmamızın kapsamını aşan bir mesai harcamamıza yol açar. Bizim çalışmamız için önemli olan Alexy’nin görüşlerinin ne kadarının anayasal hak çatışmaları için benimsenip, temel alınacağıdır. Bu nedenle aşağıda Alexy’nin görüşlerine geniş bir yer vereceğiz. Dworkin’in görüşlerine ise -ilkeler kurallar ayırımı bağlamında- açıklamalarımıza zemin oluşturacak şekilde kısaca yer vermeyi tercih edeceğiz.

1. Ronald Dworkin’in Görüşü

Ronald Dworkin “Kural Modelleri” (*The Models of Rules*) adlı çalışmasında, hukuk normlarını ilkeler ve kurallar olarak ayırmıştır⁶⁴⁰. İlkeye örnek olarak “hiç kimsenin kendi sahtekarlığıyla çıkar sağlamasına, kendi yanlışından yararlanmasına, kendi haksızlığı üzerinde herhangi bir iddiada bulunmasına veya kendi suçuyla mülk edinmesine izin verilemez” ifadesi verilebilir⁶⁴¹. Kurala ise şöyle bir örnek verilebilir: “Üç tanık tarafından imzalanmadıkça bir vasiyet geçersizdir”⁶⁴².

Hukuk ilkeleri ile hukuk kuralları arasında mantıksal farklılık gören Dworkin’e göre, her iki norm türü de belirli durumlarda hukuki yükümlülükle ilgili belirli kararlara işaret ederler. Fakat bunların gösterdikleri yönün nitelikleri farklıdır. Ya hep ya hiç (*all-*

⁶³⁸ Türk hukukunda örneğin bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı* 28 (2011): 71-82; Demirdal, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”; Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”; Sevtap Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 61, no. 1-2 (2011): 35-83; Engin Arıkan, “Hukuk Felsefesinde Güncel Bir Kuram: Sert Pozitivizm”, *Lexpera Blog* (15.11.2019), <https://blog.lexpera.com.tr/hukuk-felsefesinde-guncel-bir-kuram-sert-pozitivizm/> (erişim tarihi: 04.02.2022).

⁶³⁹ Bkz. Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (New York: Calendon Law Series, 2012), 239; Dworkin, “The Model of Rules”, 14.

⁶⁴⁰ Dworkin, “The Model of Rules”, 27. Ayrıca bkz. Canyaş, “Norm Çatışması”, 130; Demirdal, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, 793; Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, 157; Gülriş Özkök, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, içinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 5. Kitap*, haz. Hayrettin Ökçesiz (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2002), 98. Dworkin’in görüşlerinin eleştirisi için bkz. Hart, *The Concept of Law*, 259-263.

⁶⁴¹ Dworkin’in *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889)) kararından aktardığı ifade. Dworkin, “The Model of Rules”, 23-24.

⁶⁴² *Ibid.*, 25.

or-nothing) şeklinde uygulanan kurallar, kuralın öngördüğü olgulara göre ya geçerli ya geçersiz olacaktır. Eğer bir kural geçerliyse bu kuralın gösterdiği cevaba uyulur. Geçersiz olan kural ise karara katkı sağlayamayacaktır⁶⁴³. Kurallar için istisnalar öngörülebilir. Bu istisnaların olabildiğince sıralanması gerekir ki kuralın içerdiği ifade, tamamen ve eksiksiz şekilde ortaya konmuş olsun. En azından teoride bu mümkündür⁶⁴⁴.

Dworkin'e göre "ilke", adaletin, hakkaniyetin veya ahlakın başka bir boyutunun gereği olduğu için uyulması gereken bir normdur⁶⁴⁵. Bu nedenle de ilkelerde söz konusu olan "ağırlık"tır⁶⁴⁶. İlkelerin kurallarda olmayan bir ağırlık veya önem boyutu vardır. İlkeler kesiştiğinde, her birinin görelî ağırlığı hesaba katılarak çatışma çözümlenmelidir⁶⁴⁷. Kurallar ise böyle bir boyuttan yoksundur. Kuralların ancak *işlevsel* olarak önemli veya önemsiz olduğu söylenebilir⁶⁴⁸. Ancak kurallar sisteminde bir kuralın diğerinden daha önemli olduğu ve bununla bağlantılı olarak iki kural çatıştığında birinin diğerinin yerini aldığı söylenemez. Kuralların çatışması söz konusuysa, çatışan kurallardan biri geçerli değildir. Hangi kuralın geçerli olacağı kararı ise hukuki sistemde bu tür çatışmaları düzenleyen diğer kurallarla (daha yeni, daha yüksek otorite tarafından çıkarılan veya daha spesifik kuralın geçerli olması gibi) çözülür⁶⁴⁹. Bunun yanı sıra bir hukuk sisteminde daha önemli ilkelerle desteklenen kural tercih edilebilir⁶⁵⁰.

Dworkin hukuki kurallar ile ilkeler arasında şekli farklılıklar da ileri sürer. Şöyle ki hukuk kuralları, hakimleri belli bir sonuca ulaştırmakta bağlayıcıdır⁶⁵¹. İlkeler ise kurallar gibi çalışmaz, yani bir sonuç dayatmazlar. Nihai olmasa da bir kararı tek yönlü olarak gösterirler. Ancak diğer ilkeyi öncelemediklerinde sistemde kalmaya devam ederler⁶⁵². Örneğin, "kimse kendi yanlısından fayda çıkaramaz" ilkesi bir yönde argüman sunan, ancak belirli bir kararı gerektirmeyen bir nedeni belirtir. Başka bir yönü gösteren

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 23.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, 26. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, 261.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, 27. Ayrıca Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 68; Hart, *The Concept of Law*, 261; Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", 98.

⁶⁴⁸ Dworkin, "The Model of Rules", 27. Ayrıca Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 69.

⁶⁴⁹ Dworkin, "The Model of Rules", 27. Ayrıca Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 69-70.

⁶⁵⁰ Dworkin, "The Model of Rules", 27.

⁶⁵¹ Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", 98.

⁶⁵² Dworkin, "The Model of Rules", 36.

ilkeler veya politikalar mevcut olabilir ve bu durumda bu ilkeyi önceleyebilir. Bu durumda dahi, ilke geçerli olur ve hukuk sisteminde kalmaya devam eder. Çünkü bir sonraki durumda, bu çelişen mülahazalar olmadığında veya daha az ağırlıklı geldiğinde, bu defa bu ilke kararda belirleyici olabilir. Belirli bir ilkenin hukuk düzeninin bir ilkesi olduğunun söylenmesiyle kastedilen şudur: Eğer mevzubahis ilke konu ile ilgiliyse, şu ya da bu yöne meyilli bir düşünce olarak dikkate alınması gereklidir⁶⁵³. Bu nedenle Hart, Dworkin'in ilkeler teriminden, nihai olmayan ilkeler (*non-conclusive principles*) olarak bahseder⁶⁵⁴.

İlke ile kuralı birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir⁶⁵⁵. Örneğin Amerikan Anayasasının Birinci Değişikliği'nde (*First Amendment*) öngörülen Kongrenin ifade özgürlüğünü sınırlamayacağı ifadesi bir kural mıdır, yoksa ilke midir? Bu düzenlemenin kural olarak kabulü halinde, sınırlanmasının anayasa aykırı olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. Birinci Değişiklik'i mutlak olarak kabul edenler, bu hükmü kural olarak nitelendirirler. Ancak somut durumdaki bağlama göre ve belli koşullar altında örneğin "açık ve mevcut tehlike" durumunda veya başka şekilde bu hakkın dengelenebilecek ilke olduğunu savunanlar da vardır⁶⁵⁶. Dolayısıyla Dworkin'e göre kurallar geçerliliğe ilişkin iken, ilkeler dengelemeye ilişkindir⁶⁵⁷.

Dworkin'in görüşlerinde ahlaki teori tüm anayasal alana ve anayasanın ilkesel okumasına sinmiştir⁶⁵⁸. Yazarın, ilkelerin, ahlakiliğin veya hakkaniyetin önemli görünümelerini ortaya koydukları için hukuken bağlayıcı olduklarını ileri sürmesi⁶⁵⁹ bunu gösterir. Nitekim yazara göre, anayasal hak çatışmaları nesnel ve rasyonel bir yolla çözülemez. Bunun için hakimin her bir ilkenin önemini veya ağırlığını değerlendirecek ahlaki bir teori geliştirmesi gerekir⁶⁶⁰.

⁶⁵³ *Ibid.*, 26. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, 261.

⁶⁵⁴ Hart, *The Concept of Law*, 262.

⁶⁵⁵ Dworkin, "The Model of Rules", 28.

⁶⁵⁶ Dworkin, "The Model of Rules", 28.

⁶⁵⁷ Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", 98.

⁶⁵⁸ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14. Dworkin'de hukuk ile ahlakın birbirinden ayıramayacak şekilde iç içe geçmiş olması için ayrıca bkz. Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 36.

⁶⁵⁹ Dworkin, "The Model of Rules", 23; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", 158.

⁶⁶⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 12. Dworkin'in ahlaki temeller üzerine gerekçelendirmelerde bulunması "hukukun yorumcu (*interpretivist*) teorisi" olarak adlandırılmaktadır. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 13. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, 248 vd.

Pozitif düzende yer almayan ilkelerin kabulü de Dworkin'in ahlaki pozitivizmiyle alakalıdır⁶⁶¹. Yazarın hukuk ile adalet ilişkisinde adaleti hukukun temeli olarak kabul etmesi, ilkelere şekli yönden öte, maddi bir anlamda yaklaştığını gösterir⁶⁶². Yazarın haklar ile adaleti ayırmadan beraber dikkate aldığı, adaletin ahlaki ve siyasal haklarla ilgili olduğunu açıkça belirtmesinden anlaşılır⁶⁶³. Dworkin, bu değerlendirmelerinden yola çıkarak herhangi bir hak çatışmasında doğru bir cevabı bulmanın mümkün olduğu kanısına varır⁶⁶⁴. Biraz daha farklı ifade edersek; iki anayasal hakkın çatıştığı iddiasına dair mutlaka birinin doğruluğu kabul edileceği için esasen Dworkin'in hak (değer) çatışmasını inkar ettiğini söyleyebiliriz⁶⁶⁵.

Dworkin'e göre, pozitivist teorilerde hakim yasaya katı bir bağlılık sergiler. Bu durum da hakimin kanunu uygulama konusunda bir yetki genişliğine sahip olmasını engeller. Yazar bu hüküm verme teorisine alternatif olarak ilkeler teorisini öne sürer. Hakimler, ahlak ile bağlıdırlar ve sadece yazılı kurallara göre değil, ahlakın gerektirdiklerine göre de hak ve yükümlülükler inşa edilir. Bu da özellikle, yasanın sustuğu zor davalar için geçerlidir⁶⁶⁶. Açık bir hukuk kuralına göre çözülemeyen zor davalarda⁶⁶⁷, kurallar kesin bir cevap sağlamaz. Kuralların eksik olduğu yerde, ilkeler etkin olarak kullanılır ve bu da tamamıyla ahlaka başvurmakla olur⁶⁶⁸.

Dworkin'in hukuk ile ahlakı birbiriyle destekleyerek oluşturduğu monist bir değerler teorisi, hakların çatışması problemini temelinden belirsizleştirir⁶⁶⁹. Yazar,

⁶⁶¹ Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", 98.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ *Ibid.* 99; Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 71.

⁶⁶⁴ Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Harvard University Press, 2006), 41, 42; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14; Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 47; Demirdal, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçları Rolü", 803.

⁶⁶⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14.

⁶⁶⁶ Dworkin, "The Model of Rules", 22, 45; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14.

⁶⁶⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 81. Dworkin, "zor bir davanın" özelliklerini tanımlamaz. Ayrıca bir hakime çekişmeli davanın zor olup olmadığına nasıl karar verileceği konusunda ipuçları vermez. Dorota Galeza, "Hard Cases", *Manchester Student Law Review* 2, (2013): 241.

⁶⁶⁸ Dworkin, "The Model of Rules", 22, 45; Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", 53-55; Demirdal, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", 802. Bu, 669. dipnotta değindiğimiz "kaynaşma tezine" (*the fusion thesis*) karşılık gelir. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14.

⁶⁶⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14. Dworkin'in teorisinin "monist bir değerler teorisi" olarak kabulünün nedenleri şunlardır: Hukuk ile ahlak arasında bir erime, kaynaşma olduğunu ve değerlerin uyumlu tek bir setini oluşturmanın mümkün olduğunu iddia eder. Ayrıca tek bir değer, diğer değerler arasından en üstünü olup diğer değerleri kendi egemenliğinde altlayabileceği varsayımından hareket eder. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 14.

değerlerin gerçek çatışmasının varlığının kavramsal ihtimalini inkar etmeyip, politik ahlak teorisi aracılığıyla çatışmalardan kaçınma zorunluluğunda direnir⁶⁷⁰. Dworkin çatışan özgürlüklerin ihtimalini kabul etmeyip uzlaşacak temel değerlerden bahsetse de aslında burada çatışma vardır⁶⁷¹.

Dworkin'in kurallar ve ilkeler ayırımına kısa bir şekilde yer verdik. Yazarın kurallar ve ilkeler teorisinin ahlaktan bağımsız olarak ele alınmayacağı açıkça ortadadır. Biz ise ahlaka başvuru bir anlayışı çalışmamız açısından kabul etmediğimizi belirttik. Ahlak gibi belirsiz bir kavram anayasal hakların korunmasına yarar sağlamak bir yana, onların gerçekleştirilmesinin önünde büyük bir risk olabilir. Bu nedenle çalışmamıza, hala anayasal hak teorisini etkileyen ve güncelliğini sürdüren Alexy'nin görüşleriyle devam edeceğiz. Bu noktada Alexy'nin, Dworkin'den farklı olarak ortaya koyduğu hususlar önem kazanacaktır.

2. Robert Alexy'nin Görüşleri

Anayasal hakların çatışması dahil olmak üzere anayasa hukuku literatüründe önemli bir yer edinen Robert Alexy, normların hepsinin birbirine benzemediğini ortaya koyar⁶⁷². Alexy, ilkeler ile kuralları birbirinden ayırır ve ilkeleri, uygulanmalarında ölçülülük ilkesini gerektiren optimizasyon gereklilikleri (*optimisation requirements*)⁶⁷³ olarak kabul eder. Bunu da anayasal haklar teorisinin merkezi problemlerini çözenin anahtarı olarak sunar⁶⁷⁴.

İlkeler ve kurallar ayırımı Alexy'nin teorisinin Dworkin'in teorisine benzeyen yönünü oluştururken, ilkelerin optimizasyon gereklilikleri olarak kabulü ondan ayrılan yönü; yazarın anayasa teorisine özgün katkısıdır⁶⁷⁵. Alexy, ilkeler ve kurallar ayırımının

⁶⁷⁰ *Ibid.*, 19.

⁶⁷¹ *Ibid.*, 17.

⁶⁷² Paulus, "Anayasanın Yorumlanması", 22.

⁶⁷³ "Optimalleştirme emri" olarak da çevrilebilir. Sancar, "Temel Hakların Yorumu", 329. "Optimize edici emirler" şeklindeki çeviri için bkz. Arıkan, "Robert Alexy'nin Doğruluk Argümanının Değerlendirmesi", 1320. "Optimal emirler" için bkz. Heper, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi", 72.

⁶⁷⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 44, 47-48; Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 576; Kai Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5, no. 3 (July 2007): 454.

⁶⁷⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 44, 47-48; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 9. Benzer yönde Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 575.

Dworkin'in yaptığı ayrım⁶⁷⁶ çok benzese de önemli bir noktada- ilkelerin optimizasyon gereklilikleri olarak kabul edilmesiyle- ayrıldığı kendisi de belirtir⁶⁷⁷.

a. Kurallar ve İlkeler Ayrımı

Alexy, Dworkin'den daha geniş bir ilke kavramını ele alır. Bir ilke hem bireysel hakları hem kolektif amaçları içerebilir. Oysa Dworkin, ilkeler için daha dar bir tanım kabul eder. İlkeler ona göre yalnızca bireysel hakların gerekçeleri olarak önerilebilecek normlardır. Kolektif menfaate ilişkin normlar ise onun teorisinde “politikalar” (*policies*) olarak yer alır⁶⁷⁸. Bireysel haklar ile kolektif menfaatler arasındaki ilişki önemli olmakla beraber Alexy'ye göre bunların birbirine bağlanması gereksizdir ve istenmez⁶⁷⁹.

Yeniden ilkelere dönersek; Alexy'nin teorisinde temel haklar, az veya çok belirli formüllerine bakılmaksızın, ilkedir ve bu ilkeler optimizasyon gereklilikleridir⁶⁸⁰. Haklar, kural benzeri olmayan (*non-rule-like*) nitelikleriyle, bir tartışmanın veya argümanın belli bir bağlamı dışında nasıl gerçekleşeceklerini kendi başlarına bize söylemezler⁶⁸¹. Çünkü ilkeler, başka gerekçelerle yer değiştirebilecek gerekçeleri temsil ederler. Ancak gerekçenin veya karşı gerekçe ile arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağını ilkenin kendisi söylemez. Yarışan ilkeler kendi kapsamlarını ve olgusal olarak mümkün olanı belirleyecek kaynaklar içermezler. Oysa kurallar, hukuki ve olgusal alanda neyin gerçekleşeceği hakkındaki kararı içerirler⁶⁸². Kuralların anlaşılması ve mutlak bir şekilde uygulanması gerekir. Diğer norm çeşidi olan ilkeler ise somut ve net sonuçlar ortaya koyan sıkı kurallardan ziyade, en uygun şekilde uygulanması gereken normlardır⁶⁸³.

Alexy'nin kurallar ve ilkeler modelinde, hangi normların, niçin ilke veya kural niteliğinde kabul edilecekleri sorusu önemlidir. Yazar her şeyden önce yerleşik hukuk dilindeki ilke ve kural terimlerinin kendi modelindeki kullanımla birebir olmadığına dikkat çeker⁶⁸⁴. Bu konuda yaygın olarak önerilen kriter olarak “genellik”i (*generality*)

⁶⁷⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 22 vd.

⁶⁷⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 48 (dp. 27).

⁶⁷⁸ *Ibid.*, 65-66; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 82, 90.

⁶⁷⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 65.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, 388. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 9.

⁶⁸¹ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 15.

⁶⁸² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 57.

⁶⁸³ Bkz. *Ibid.*, 44 vd. Paulus, “Anayasanın Yorumlanması”, 22.

⁶⁸⁴ Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 254 (dp. 36).

ele alır⁶⁸⁵. Henüz olgusal ve normatif dünyanın imkanlarıyla ilişkilendirilmemiş olan ilkeler nispeten geneldirler⁶⁸⁶. İlkeler olgusal ve normatif dünyanın sınırlarıyla ilişkilendirildiklerinde, farklılaştırılmış bir kural sistemini (*differentiated rule system*) meydana getirirler⁶⁸⁷. Alexy’ye göre bu kavram özellikle dengelemenin keyfi olduğuna dair itirazlar için önemlidir⁶⁸⁸. Oysa genellik derecesi yüksek olan normlar, ilke olmayabilirler. Örneğin Alman Anayasasının 103’üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Bir eylem, ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir.” Bu hüküm yoruma dair birçok sorun içermekle beraber, ya yerine getirilecek ya da getirilmeyecek bir kuraldır; ilke değildir⁶⁸⁹. İlkeler yüksek genelliğe sahipken, kurallar düşük genelliğe sahiptirler. Örneğin, herkesin din özgürlüğüne sahip olduğu, genelliği yüksek bir norma örnektir⁶⁹⁰. Aksine, her mahkumun –burada yazar Alman Anayasa Mahkemesinin kararına atıfta bulunmaktadır- diğer mahkumları inançlarını terk etmeye ikna etme hakkına sahip olduğunu belirten norm, nispeten düşük genellikte bir normdur⁶⁹¹.

“Genellik” özelliğinin yanı sıra, kurallar ile ilkeleri birbirinden ayırma kriterleri olarak; “normun uygulanacağı durumları net olarak ifade edebilirlik”, yaratmak anlamında “yaratılmış” ve “gelişmiş” normlar arasındaki ayırım, “değerlendirici içeriğin açıklığı”, “hukuk düşüncesi ile bağlantısı” veya “daha yüksek bir hukuki statü” ve “hukuk düzeni için önemi” gibi ölçütler kullanılmıştır⁶⁹². Ancak elbette Alexy, bunlardan

⁶⁸⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 45. Örneğin Joseph Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972): 838.

⁶⁸⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 60.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ *Ibid.*, 61.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*, 45.

⁶⁹¹ *Ibid.*, 45-46. Bu örnekle Alexy BVerfGE 12, 1 (4) kararına atıf yapmaktadır. Daha önce hakkın kötüye kullanılması yasağında değindiğimiz bu kararda FAYM başından beri, özgürlüğün kötüye kullanılmasını koruma kapsamında görmemiştir. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 109. Bu karar ve bunun gibi hakkın doğrudan kapsam düzeyinde sınırlarının çizildiği kararlar FAYM’nin dar kapsam teorisi altında değerlendirilebilecek kararlarıdır. Alexy’nin eleştirdiği husus tam da budur. Biz dar kapsam teorisinin ne anlama geldiğini ve ayrıntılarını ayrıca ele alacağız.

⁶⁹² *Ibid.*, 45-46. Yazara göre bir normun genelliği, onun evrenselliğinden keskin bir şekilde ayrılmalıdır. Genellik derecelerinin farklılığına rağmen “Herkesin din özgürlüğüne sahiptir” ve “her mahkum diğer mahkumları inançlarını terk etmeye ikna etme hakkına sahiptir” normları, tüm bireylere ilişkin oldukları için evrensel normları açıklar. Evrensel bir normun karşıtı, bireysel normdur. Yukarıdaki önermelerde herkes ile her mahkum’un yerine X’in konulmasıyla bireysel normlar oluşturulur. Genelliğin zıttı ise spesifiktir. İlk önerme “nispeten genel” ikincisi ise “nispeten spesifik”tir. Bir norm ancak ya evrensel ya da bireysel olabilir. Fakat genellikte derecelendirme söz konusudur. *Ibid.*, 46 (dp. 11).

hiçbirini benimsemez. Zira yazarın ilke-kural ayrımı, derece değil nitelik farkına dayanır⁶⁹³.

Alexy'ye göre kurallar ile ilkeler arasındaki ayırmda asıl kriter şudur: Optimizasyon gereklilikleri⁶⁹⁴ olarak ilkeler öyle normlardır ki hukuki ve olgusal olasılıklar göz önünde bulundurulduğunda bir şeyin mümkün olan en geniş ölçüde gerçekleşmesini gerektirirler⁶⁹⁵. İlkelerin yarışmasında tüm koşullar göz önünde tutularak ağırlıklandırma⁶⁹⁶ yapılarak ilkeler değişik derecelerde gerçekleştirilirler. Bir ilke söz konusu davada somut koşullara göre, daha ağır gelen bir yarışan ilke tarafından alt edilebilir⁶⁹⁷. Bu nedenle kurallar kesin gerekçeler iken, ilkeler ilk bakışta (*prima facie*) gerekçelerdir⁶⁹⁸.

İlkeler, somut olaya uygun gerekçelerin hesaba katıldığı tartımın ve dengelemenin sonucunda kesin bir hak niteliği alacaklardır. Dolayısıyla kurallar ile ilkeler arasındaki fark bir derece değil, nitelik farkıdır. Her norm ya bir kuraldır ya da bir ilkedir⁶⁹⁹. Vural, bunu daha basit şekilde ifade etmiştir:

“... Bir hukuk normu, geçerli olduğu her durumda, ancak başka normlarla tartılarak uygunlaştırma yoluyla uygulanabiliyor ve geçerli olmadığı ileri sürülmeksizin sonuca etki etmekten alıkonabiliyorsa, bu norm ilke karakterindedir. Buna karşılık bir hukuk normu, geçerli olmadığı gösterilmeksizin uygulanmaktan alıkonamıyorsa, bu norm kural karakterindedir”⁷⁰⁰.

İlkeler ile kurallar arasındaki fark yargılamada (*adjudication*) ortaya çıkar. Kurallar arasındaki çatışma, bu çatışma kurallardan birine öncelik verilerek, biri geçersiz

⁶⁹³ *Ibid.*, 47.

⁶⁹⁴ Alexy, optimizasyon gereklilikleri kavramıyla; emirleri, izinleri ve yasakları karşılayan geniş bir anlamı kasteder. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 47 (dp. 23)

⁶⁹⁵ *Ibid.*, 47-48.

⁶⁹⁶ Bu ağırlıklandırma boyutu (*the dimension of weight*) için Alexy, Dworkin'e atıf yapar. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 26 vd. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 50.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, 58.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, 60.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, 47-49, 57-58. Hem ilkelerin hem de kuralların norm olduklarına dair vurgu *Ibid.*, 45'te de vardır. Bu konuda ayrıca bkz. Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 15; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 9; Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 576-578; Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 454-455; Grégoire C. N. Webber, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23, no. 1 (2010): 181; Paulus, “Anayasanın Yorumlanması”, 22; Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 252-54. Bu arada Alexy, ilkeler ile kurallar arasında bir ayırım yapmadan “*conflict of norms*” kavramının da kullanılabilmesine dikkat çeker. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 48 (dp. 28).

⁷⁰⁰ Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 254 (dp. 36).

kılına veya biri diğere uygun bir istisna kabul edilerek çözülebileceği için geçerlilik sorunudur⁷⁰¹. Sabit noktalar olarak kurallar, somut olayda ya yerine getirilirler veya getirilmezler⁷⁰². Dengeleme ilkelerle bağlantılıdır. Kurallar dengeleme olmaksızın uygulanmalıdır⁷⁰³. İlkeler ise çatışmazlar. Bunun yerine yarışır⁷⁰⁴. Bir ilke, kendisiyle çatışan bir başka ilkenin olmaması haline ise tamamen gerçekleştirilir⁷⁰⁵.

İlkeler ile kurallar arasındaki ayrımın anayasal hakların çatışması konusuna yansıyan kısmı, kuralların çatıştığına ilkelerin ise yarıştığına dair kabuldür. Anayasal haklar da Alexy'nin teorisinde ilkeleri oluşturduğu için bu teori perspektifinden bakan birinin, ilkelerin yarışmasını incelemesi gerekir. Aşağıda kuralların çatışması ve ilkelerin yarışması ile ne kastedildiğini, Alexy'nin verdiği örneklerle beraber daha ayrıntılı olarak açıklayacağız.

b. İlkelerin Yarışması ve Kuralların Çatışması

İlkeler ile kurallar arasındaki ayrım, özellikle ilkelerin yarışması ve kuralların çatışması hallerinde belirginleşir⁷⁰⁶. İkisindeki ortak nokta, iki norm türünün de uygulandıkları zaman bağdaşmaz sonuçlara yol açmasıdır. Olması gerekene ilişkin somut ve uyumsuz yargılar ortaya çıkar⁷⁰⁷. Bunlar birbirinden çatışmanın çözüldüğü yol ile ayrılırlar⁷⁰⁸.

İlkelerin yarıştığı yerde mümkün olduğunca gerçekleştirilmeleri noktasında dengeleme devreye girer. Alexy'ye göre bu mantıksal bir sonuçtur⁷⁰⁹. Yazar Federal Anayasa Mahkemesinin menfaatleri dengelediği birçok davayı⁷¹⁰ ilkelerin yarışmasına

⁷⁰¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 49.

⁷⁰² *Ibid.*, 48.

⁷⁰³ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 456.

⁷⁰⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 50.

⁷⁰⁵ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 459.

⁷⁰⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 48.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, 48-49.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, 49.

⁷⁰⁹ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 459.

⁷¹⁰ Alexy'ye göre FAYM'nin menfaatlerin dengelenmesinden anladığı, ilkeler olarak anayasal hak normlarıdır. Federal Anayasa Mahkemesinin, *KPD-Verbot* yargılamasında (BVerfGE 5, 85 (204) (*KPD-Verbot*)) “mümkün olan en kapsamlı kişilik gelişimi”, *Apotheken-Urteil*'de yargılamasında (BVerfGE 7, 377 (403) (*Apotheken-Urteil*)); “Meslek seçimi, mümkün olduğu kadar devlet müdahalelerinden etkilenmemelidir” ifadeleri ve *Handwerksordnung* (ticari düzenlemelere ilişkin) kararındaki (BVerfGE 13, 97 (105) (*Handwerksordnung*)) “meslek seçiminde mümkün olan en büyük özgürlük” ifadeleri bunun açık örnekleridir. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 50 (dp. 32).

örnek göstermekle beraber, teorik açıklamalarını iki davadan yola çıkarak ayrıntılandırır: Bunlardan biri *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*⁷¹¹ (duruşmaya katılmamaya ilişkin dava), diğeri ise *Lebach* yargılamasıdır⁷¹². Şimdi bu iki davanın ayrıntılarına geçelim.

Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten davası, duruşmanın stresinden ötürü kalp krizi geçirme riski olan kişinin duruşmaya katılma meselesine ilişkindir. Burada Mahkeme sanığın anayasal olarak korunan hakları ile devletin ceza adalet sisteminin hakkıyla işleyişini sürdürmeye dair görevi arasındaki gerilimin varlığına kanaat getirmiştir. Bu davada, ne bu ödevlerden birine öncelik verilmiştir, ne de ilkelerden biri kendiliğinden öncelik (*precedence per se*) elde etmiştir⁷¹³. Aksine Mahkeme ölçülülük ilkesine göre menfaatleri dengeleyerek çatışmayı çözmüştür⁷¹⁴.

Dengelemedeki soru şu olmuştur: Soyut olarak eşit statüde olan bu gerekliliklerden hangisi somut davada daha ağır gelecektir?⁷¹⁵ Mahkemenin kendi ifadesiyle:

“Eğer dengeleme süreci sanığın menfaatlerinin kesinlikle ve önemli olarak devletin müdahale ihtiyacını içeren gerekliliklerden daha ağır olduğuna dair bir sonuca yol açarsa, devletin eylemi ölçülülük ilkesini ve dolayısıyla sanığın GG madde 2 paragraf 2 cümle 1’deki anayasal haklarını ihlal edecektir”⁷¹⁶.

Dolayısıyla Alexy’ye göre, kullanılan terimler farklı olsa da bu karar kesinlikle ilkelerin yarışmasına karşılık gelir. Mahkeme “yarışma” yerine “gerilim” ve çatışma kavramlarını kullanmış; yarışan ise “ilkeler” olarak değil, ama “ödev”, “çıkart”, “anayasal hak”, “iddia” ve “menfaat” olarak adlandırılmıştır⁷¹⁷.

Bu yargılamanın bir ilkeler yarışması olduğu, Mahkemenin bir yandan ceza adalet sisteminin işlevselliğinin mümkün olduğunca yüksek derecede (*ein möglichst hohes Mass*), öte yandan sanığın yaşam ve vücut bütünlüğünün mümkün olduğunca en yüksek ölçüde (*in einem hohen Masse*) korunmasından bahsetmesiyle anlaşılır. Bu gereklilikler

⁷¹¹ BVerfGE 51, 324 (*Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*).

⁷¹² BVerfGE 35, 202.

⁷¹³ BVerfGE 51, 324 (345). Ayrıca Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 50-51.

⁷¹⁴ BVerfGE 51, 324 (345).

⁷¹⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 52.

⁷¹⁶ Serbest çeviri. BVerfGE 51, 324 (346).

⁷¹⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 51. Almanca terimleri Alexy’nin *Theorie der Grundrechte* kitabından aldığımızı tekrarlayalım. Bkz. *Ibid.*, 80.

ise olgusal ve hukuki olarak mümkün olana göre gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla eğer tek ilke ceza adalet sisteminin iyi işlemesi olsaydı; söz konusu duruşma gerekli veya en azından izinli bulunabilecekti. Eğer somut davadaki tek ilke yaşam ve bedensel bütünlüğün korunması ilkesi, olsaydı o zaman da duruşma yasaklanacaktı⁷¹⁸. Öyleyse her bir ilke, diğerinin hukukten gerçekleştirilmesini sınırlamaktadır. Ancak bu durum, davaya konu ilkelerden birinin geçersiz olması ve hukuk sisteminden dışlanması anlamına gelmez. Ortada bir istisna söz konusu değildir⁷¹⁹. Aksine, davanın koşulları ışığında öncelikler arasında şartlı bir ilişki kurularak çözüm üretilmiştir. Bu da başka koşullar altında davanın (bu durumda aslında yeni bir dava oluyor) başka şekilde sonuçlanmasına yol açacaktır⁷²⁰. Bu durumu Alexy'nin formüllemesiyle açıklayalım.

P₁, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı; P₂, ceza adalet sisteminin iyi şekilde işlemesinin sembolüdür. **P** ise önceliğin sembolüdür. Olması gereken açısından P₁ “duruşmayı yürütmek yasaktır”, P₂ ise “duruşmayı yapmak gerekir”e karşılık gelir. P₁ **P** P₂ veya P₂ **P** P₁ dediğimizde ilkinde P₁, ikincisinde P₂ önceliklidir, demiş oluruz. Bu hiçbir şarta bağlı olmayan soyut veya mutlak bir öncelik ilişkisi anlamına gelir. Oysa FAYM “gerekliklerden hiçbiri diğerini *per se*⁷²¹ önceleyemez”⁷²² derken bu öncelik ilişkisini reddetmiş olmaktadır. Ancak yapılan şarta bağlı olan somut, görelî bir öncelik ilişkisidir. C’yi “koşullar” olarak sembolleştirirsek (P₁ **P** P₂) C veya (P₂ **P** P₁) C, birinin diğerini davanın koşullarına göre öncelemesi demektir. Burada kilit soru, hangi koşullar altında hangi ilkenin diğerini önceleyeceğine dairdir. İşte FAYM bu noktada çok yaygın olan ağırlıklandırma metaforunu (*Gewichtsmetaphorik*) kullanmaktadır⁷²³. Karar “somut davada sanığın menfaatlerinin, korunması beklenen devletin menfaatlerinden açık ve önemli ölçüde ağır gelip” gelmediğine bağlıdır⁷²⁴.

Bu menfaatler ve gereklikler, ölçülebilir anlamda ağırlıklandırılmazlar. Ortaya çıkan çözümü bize şartlı öncelik ilişkisi sunar⁷²⁵. P₁ yani Alman Anayasasının 2’nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi ile kurulmuş olan ilkenin öncelik koşulları

⁷¹⁸ *Ibid.*, 51.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ *Ibid.*, 52.

⁷²¹ “*Schlechthin*” kavramı kararda geçmektedir. Alexy bunu *per se* olarak çevirmiştir.

⁷²² BVerfGE 51, 324 (345).

⁷²³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 52.

⁷²⁴ BVerfGE 51, 324 (346).

⁷²⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 52.

şöyledir: “Duruşmanın devam etmesi halinde, sanığın hayatını kaybetmesi veya sağlığına ciddi şekilde zarar vermesi gibi yakın ve somut bir tehlike varsa, bu durumda yasal sürecin devam etmesi GG madde 2 fıkra 2 cümle 1 uyarınca anayasal haklarını ihlal eder”⁷²⁶. Bu ifade bir kural şeklinde şöyle formüleleştirilebilir: “Bir eylem C koşulunu yerine getirirse o zaman anayasal olarak yasaklanır”⁷²⁷.

(P₁ P₂) C tercih cümlesinde C, öncelik ilişkisinin koşulu olarak çift yönlü bir role sahiptir. Kural formüleştirmesi şu şekildedir: “A eylemi C koşullarını yerine getirirse o zaman A anayasal olarak yasaktır”⁷²⁸. Öyleyse ilkelerin yarışması halinde bu şekilde bir kural üretilebilecektir⁷²⁹. Koşullu bir öncelik ilişkisine dair tercih cümlesi, öncelik koşullarının geçerli olması halinde, önceliği alan ilkenin sonucunu gerektiren bir kurala yol açacaktır. Bu da şu formüleştirmeye imkan verir⁷³⁰:

İlke P₁ C koşullarında P₂’ yi önceliyorsa ve C koşullarında Q hukuki sonuçlarını doğuruyorsa, o halde koşullu tümce (*protasis*) olmak üzere C’ye ve sonuç tümcesi (*apodosis*) olarak Q’ya sahip, geçerli bir kural uygulanır⁷³¹.

Daha basit bir formülle ifade edilerek; bir ilkenin diğer ilkeyi öncelediği koşulların, öncelik alan ilkeyle aynı hukuki sonuçlara sahip bir kuralın koşullarını oluşturduğu söylenebilir⁷³². Alexy bunu genel “çatışma yasası” olarak adlandırır⁷³³. Çatışma yasası, bir sistemin ilkeleri arasındaki öncelik ilişkilerinin mutlak olmayıp sadece koşullu veya görel olduğunu gösterir. Optimizasyonun görevi ise doğru koşullu öncelik ilişkilerini belirler. Çatışma yasasına göre şartlı bir öncelik ilişkisinin belirlenmesi, mutlaka dava aracılığıyla oluşturulan bir kuralın tespiti anlamına gelir. Bu da dava konusu ilke ve kural düzeylerinin birbirinden bağımsız olmadıklarını gösterir. Alexy’ye göre somut durumdaki çatışmayı tartımla çözülmesi, önceki ilkeye öncelik

⁷²⁶ BVerfGE 51, 324 (346). Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 53.

⁷²⁷ *Ibid.* FAYM burada ilkelerin önceliği, iddia, gereklilik, menfaat, hak veya herhangi başka bir nesne yerine anayasal hakların ihlal edileceği koşullardan bahsetmektedir. Vurgu Alexy’ye aittir. *Ibid.*, 53.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, “Far Beyond from Norms, Distinguishing Rules and Principles”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 97, no. 2 (2011):199.

⁷³⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 53.

⁷³¹ *Ibid.*, 54.

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13, no. 3 (September 2000): 297.

vererek doğrulanmış bir kuralı uygulayarak karar vermek demektir. Böylelikle ilkeler, zorunlu olarak kuralların gerekçelerini oluşturmaktadırlar⁷³⁴.

Yukarıdaki örnek, çalışmamızın kapsamı dışında tuttuğumuz gerçek olmayan çatışmalara örnektir. Ancak iki tarafta “ilkenin yarışması” yer aldığı ve bu yarışmaya nasıl yaklaşılabileceği bakımından akıl yürütme aynı olduğu için bu örneğe de yer vermek istedik. Alexy’nin örnek olarak verdiği ikinci karar olan *Lebach* kararı ise çalışmamızın inceleme konusu olan (gerçek) anayasal hak çatışması örneğidir. Olay Alman ZDF kanalının “*Der Soldatenmord von Lebach*” (“*The Soldiers’ Murder at Lebach*”- “Lebach’taki asker katilleri”) belgesinin yayınlanmasına dairdir. Lebach’ta uyuyan dört asker öldürülmüş ve onların silahları ile suç işlenmiştir. Belgeselin yayınlanacağı zaman mahkum olmuş suçlulardan birisi hapisten çıkmak üzeredir. Kişi, adının ve fotoğrafının yayınlanmasının, Anayasanın 1’inci maddesinin birinci fıkrası ve 2’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan anayasal haklarını ihlal edeceğini ve yeniden sosyal hayata katılımının tehlikeye düşeceğini iddia etmiştir. Birinci aşamada Yüksek Bölge Mahkemesi (*Oberlandesgericht*), mevcut davayı Anayasanın 1’inci maddesinin birinci fıkrası ile bağlantılı olarak 2’nci maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişiliğin korunması ile 5’inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince radyo aracılığıyla haber kurumlarının ifade özgürlüğü arasındaki gerilim üzerine ele almıştır⁷³⁵.

Alexy davayı, P₁ yayının yasaklanması ilkesi ve P₂ yayına izin verilmesi ilkeleri temelinde inceler. Bu çatışma, ilkelerden birinin geçersizliği ile çözülmemiştir. Çatışma, Federal Anayasa Mahkemesinin, soyut bir öncelik iddia edemeyecek olan iki ilkeyi - “anayasal değerleri”- dengelemesi ile çözülmüştür⁷³⁶. Kişilik hakkı ve TV ile haber verme özgürlüğü olmak üzere “her iki anayasal değer çatışmada olabildiğince bir dengeye getirilmelidir; buna ulaşamıyorsa, olayın oluşumu ve somut olayın özel şartları dikkate alınarak hangi çıkarın geri çekilmesi gerektiğine karar verilir”⁷³⁷.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ BVerfGE 35, 202 (219). GG m. 1/1: “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.” GG m. 2/1: Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.” GG m. 5/1, ikinci cümle: Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır.”

⁷³⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 55.

⁷³⁷ BVerfGE 35, 202 (225).

Lebach kararında geçersiz olmayan, ancak bir diğerine göre öncelik sahibi de olmayan iki norm bağdaşmaz sonuçlara yol açacaktır. Somut davanın koşullarına göre öncelik belirlenecektir. Mahkeme iki ilkenin de soyut olarak aynı seviyede olduğunu belirttiikten sonra, ikinci aşamada güncel olan suçlara ilişkin davalarda medyanın haber verme özgürlüğünün genel bir önceliğe sahip olduğunu belirtmiştir⁷³⁸. Yani (P₂ P P₁) C₁⁷³⁹.

Güncel olaylar hakkında haber yapma hakkı sınırsız olmadığı için bu öncelik her zaman geçerli değildir. Karar üçüncü aşamada verilmiştir⁷⁴⁰. Suçlunun yeniden sosyalleşebilmesini tehlikeye atan ciddi kriminal bir eylemin tekrar haberleştirilmesi güncel bilgideki menfaati artık taşımaz. (C₂) Yani bu durumda haber yasaktır. Burada tercih edilen ifade (P₁ P P₂) C₂'dir. C₂; “tekrar, mevcut menfaatin olmayışı, ciddi cezai suç, yeniden sosyalleşmeyi tehlikeye atma” koşullarını ifade eder⁷⁴¹. Tercihli ifadeye karşılık gelen C₂—Q kuralının bu nedenle dört koşullu bir kural olduğu söylenebilir. Kural: Bu dört şartın olduğu yerde medya haberi anayasal olarak yasaktır⁷⁴².

“Türetilmiş bir anayasal hak normu, türetilmesi için doğru anayasal gerekçelendirmenin mümkün olduğu bir normdur”⁷⁴³. Alexy’ye göre yukarıda yer verdiğimiz norm için doğru anayasal gerekçelendirme mümkünse, ki mevcut amaçlar için geçerli olduğu varsayılabilir, o zaman türetilmiş normun da anayasal bir norm olduğu kabul edilir. Bu aynı zamanda, *Lebach* kararında da olduğu gibi, davadaki olayların altlanabileceği bir kuraldır⁷⁴⁴. Öyleyse, Alexy’ye göre ilkelerin yarışması sonucunda türetilmiş anayasal hak normu, davanın altlanabileceği bir kural formu olarak da ifade edilebilir⁷⁴⁵.

Alexy, ilkelerin “ilk bakışta her zaman aynı” karaktere sahip olduğu ve kuralların her zaman aynı kesin karaktere sahip olduğu görüşüne karşı çıkar. Yazara göre Dworkin, geçerli kuralların, ya hep geçerli ya hiç bir şekilde geçerli olmadığını, ancak ilkelerin

⁷³⁸ BVerfGE 35, 202 (231).

⁷³⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 55.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ *Ibid.*, 56.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ *Ibid.*

yalnızca belirli bir yöne işaret eden ve fakat belirli bir karar gerektirmeyen gerekçeler içerdiğini söylediğinde tam da bu varsayımda bulunur⁷⁴⁶. Ancak Alexy bu düşünceyi çok basitleştirici görür⁷⁴⁷. Yazara göre, belirli bir dava vesilesiyle bir kurala istisna dahil ederek kurallar *prima facie* temelde uygulanabilir. Böyle bir durumda kural söz konusu dava için kesin olma niteliğini kaybeder⁷⁴⁸. Dworkin'in⁷⁴⁹ savunduğunun aksine, ilkeler temelinde kurallara dahil edilen istisnalar teoride de ölçülemez. Zira her zaman yeni istisnalar ortaya çıkabilir⁷⁵⁰. Kuralın kesinliğini kaybederek elde ettiği *prima facie* özellik ile ilkelerin *prima facie* oluşları tamamen farklıdır⁷⁵¹.

Bir ilke karşısında daha güçlü bir karşı ilke olduğunda bu ilke ihmal edilebilir, ancak bir kural, bu kuralın desteklediği ilkeden daha güçlü bir karşı ilke olsa bile kolayca iptal edilemez. Dahası bu karşı ilke, kuralı destekleyen temel ilkeden ve Alexy'nin formal ilkelerinden de güçlü olmalıdır. Örneğin meşru bir otoritenin belirlediği kurallara uyulma ilkesine uyulmalıdır. Dolayısıyla, hukuki sistemin formal ilkelere atf yaptığı ağırlık arttıkça, bu sistemdeki kuralların *prima facie* karakteri de güçlenir⁷⁵². Bu durumda ilkeler ile kurallar arasındaki doğru fark kuralların formal ilkelerin etkisinden ötürü daha büyük bir ağırlığa sahip olmalarıdır⁷⁵³. “Bu tür formal ilkeler ağırlıklarından tamamen yoksun kaldıklarında kurallar da artık kurallar olarak uygulanamayacaktır. Ancak o zaman kurallar ile ilkeler aynı *prima facie* karaktere sahiptir”⁷⁵⁴.

Kuralın kesin niteliğini zayıflatmak onu ilkeler olarak aynı *prima facie* niteliğe kavuşturmaz. İlkelerin *prima facie* niteliklerinin artması da onlara kurallar olarak *prima facie* nitelik kazandırmaz⁷⁵⁵. Belirli ilkeler veya ilke türleri lehine argümantasyon yükü oluşturularak ilkelerin *prima facie* niteliği artırılabilirse de⁷⁵⁶ ilkeler asla kesin

⁷⁴⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 24, 26.

⁷⁴⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 57.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 25.

⁷⁵⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 58.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 455.

⁷⁵⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 58.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *Ibid.*

gereklilikler oluşturmazlar⁷⁵⁷. Bir kuralın *prima facie* niteliği, “oldukça farklı ve çok daha güçlü bir şeydir”⁷⁵⁸.

Alexy'nin bu kadar iddialı ve ayrıntılı açıklamalarından sonra hala ilkeler ile kurallar arasındaki farkın nicelik değil de nitelik farkı olduğunu savunması bize tuhaf gelmektedir. Üstelik bir makalesinde yazar, ilke ile kural arasındaki farkın *yalnızca*⁷⁵⁹ bir derece değil, bir nitelik meselesi olduğunu belirtmiştir⁷⁶⁰. Bu ifade aklımıza, farkın nitelik kabul edildiği noktada yalnızca derece meselesi olup olmadığının bir önemi var mı sorusunu getirmektedir. Neticede artık nitelik olarak farklı olan iki tür arasında derece farkı aramak bir nevi “ölçülemezlik”e muhalefettir. Nihayetinde bizce Alexy, ilkeler ile kurallar arasında varlığını iddia ettiği “nitelik”i yeterli bir açıklıkta ve ikna edici şekilde izah edememektedir. Eleştirilerimize ayrıntılarıyla yer vereceğiz. Şimdi gerekçe olarak kural ile ilke arasındaki farkın ne anlama geldiğini, Alexy'nin teorisi ile beraber açıklayalım.

c. Gerekçe Olarak Kurallar ve İlkeler Ayrımı

Alexy'nin teorisine göre ilkelerin her zaman *prima facie* gerekçeler, kuralların ise kesin gerekçeler olduğunu söyledik. Ancak bu açıklama gerekçelerin tam olarak ne için olduğunu açıklamaz. Normlar için mi eylemler için mi? Soyut-genel normlar veya somut olması gereken yargılamalar yani bireysel normlar için gerekçelerden bahsedilebilir⁷⁶¹. Alexy, örneğin Raz'ın normları, eylemler için gerekçe⁷⁶² olarak kabul ettiğini belirtir. Kendisi ise kurallar ve ilkelerin normlar için gerekçe olduğunu savunur. Aslında Alexy'ye göre aradaki fark görüldüğü kadar büyük değildir. Çünkü normlar için gerekçe olan kurallar ve ilkeler, eylemler için dolaylı olarak gerekçedirler⁷⁶³.

Alexy, hukuk bilimsel bir bakış açısını benimsediğini söyler. Hukuk çalışmaları neyin gerektiği, yasaklandığı ve neye izin verildiğine dair önermeler ile ilgilenirken,

⁷⁵⁷ Siqueria, “Far Beyond from Norms, Distinguishing Rules and Principles”, 199.

⁷⁵⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 59.

⁷⁵⁹ Vurgu bize aittir.

⁷⁶⁰ Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, 295.

⁷⁶¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 59.

⁷⁶² Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms* (Londra: Oxford University Press, 1999), 15, 58. Raz'ın kastettiği bir normun, bir eylemin gerçekleştirilmesi için gerekçe yani sebep oluşturmasıdır. *Ibid.*, 58-59.

⁷⁶³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 59.

hakim de bu kavramlarla karar verir. Yazara göre, kurallar ve ilkeler norm gerekçeleri olarak uygulandığında, gerekçelendirme bir kategorideki haklara bağlanmış olur. Bu da mantıksal analizi kolaylaştırır⁷⁶⁴. Yazar, ilkelerin, yalnızca kurallar için gerekçeler olduğu görüşünü reddeder. İlkelerin böyle kabul edilmesi halinde, somut olması gereken yargılamalar için doğrudan gerekçe olmaları mümkün olmazdı⁷⁶⁵.

Bir kural geçerli, uygulanabilir ise ve ilgili istisnalar söz konusu değilse kesin emir olarak⁷⁶⁶ somut olması gereken yargılama için gerekçe oluşturur. Bu yargılamanın somut içeriğinin bireyin belli bir hakka sahip olması halinde ise, kesin bir hak var demektir. Ancak söz konusu ilkeler olduğunda sadece *prima facie* gerekçe oluşturabilirler. *Lebach* kararında ZDF'nin yayın yapma hakkı yalnızca *prima facie* bir haktır. “Ne zaman ki çatışma yasasına göre bir ilke baskın gerekçe olur, o zaman kural için bir gerekçe haline gelir. Bu kural da yargılama için kesin bir gerekçe oluşturur”⁷⁶⁷. Ancak Alexy'ye göre ilkeler, kendi başlarına asla kesin gerekçe değildirler⁷⁶⁸.

Alexy'nin, kurallar ve ilkeler ayırımına dair güncelliğini koruyan görüşleri yukarıda özetlediğimiz gibidir. Alexy'nin, kurallar ile ilkeler ayırma ve anayasal hakların ilkeler olduğuna dair görüşlerini, aşağıda değerlendirerek bu konudaki görüşümüzü ortaya koyacağız. Ancak öncesinde Alexy'nin görüşlerinin etkisinde kalmış Türk hukuk literatüründeki mevcut tartışmalara da kısaca göz atmakta yarar görüyoruz.

d. Türk Hukuk Literatüründe Alexy'nin Görüşleri Temelinde Mevcut Tartışmalar

Türk hukuk literatüründe de anayasal haklar dogmatikinde Alexy'nin kurallar ve ilkeler ayırımını benimseyenler vardır. Örneğin Hasan Vural'a göre bu model bizim Anayasamızın anayasal haklar rejimi için de uygulanabilir⁷⁶⁹. Buna göre, “anayasanın temel hak normları ilke karakterindedir; çünkü uygulanmaları tartı ve uygunlaştırma gerektirmektedir”⁷⁷⁰. Benzer şekilde Bertil Emrah Oder'in de Alexy'nin ilkeler ve

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, 295.

⁷⁶⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 60.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 257-58.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, 258.

kurallar terimlerine atıf yaptığı görülür. Ancak bu her iki yazarın da Alexy’yi tutarlı bir şekilde değerlendirdiklerinden emin değiliz. Biz Alexy’nin yukarıda değindiğimiz görüşlerine çalışmalarında en yoğun şekilde yer verdiğini gördüğümüz bu iki yazarın açıklamalarına değinmenin yeterli olduğunu düşünüyoruz.

Öncelikle Vural’dan yola çıkalım. Belirttiğimiz gibi Vural anayasal hakların ilke karakterinde olduğunu, dolayısıyla Alexy’nin teorisinin bizim anayasamız için de uygulanabileceğini savunmaktadır. Alexy’nin teorisinde anayasal haklar ilkedirler. Kural olamazlar. Ne zamanki ilke karşı gerekçeyle beraber değerlendirilir ve ortaya şartlı bir öncelik ilişkisi çıkar, işte o zaman bir kural ortaya konmuş demektir. Alexy’nin ilkeler ve kurallar teorisini kısaca açıklayan Vural örnek olarak, herkesin din özgürlüğüne sahip olduğu yolundaki bir normun ilke karakterinde olduğunu belirtir. Çünkü bu norm, din özgürlüğüne ilişkin normatif bütünlüğün genel çerçevesini vermektedir; yalnızca *prima facie* bir hak tanımlamakta ve kesinleştirme için tartıya ihtiyacı duymaktadır. Buna karşılık, kimsenin inancını açıklamaya zorlanamayacağı normu kural niteliğindedir. Bu norm geçerli istisnalar saklı kalmak üzere kati bir hak güvencesi tanımlamıştır. Kuralların istisnaları ise yine kural niteliğindeki normlardır ve kurallar çatışması tekniğiyle istisnalar uygulanır⁷⁷¹.

Vural’a göre, herkesin inanç özgürlüğüne sahip olduğu şeklindeki norm ile ibadetin serbest olduğu şeklindeki norm ilke karakterindedir (Ay. madde 24). Kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ile kınama ve suçlama yasakları yönündeki norm ise kural niteliğindedir⁷⁷². Vural’ın kural niteliğindeki hak için verdiği örneği, Oder’in görüşleri ile beraber değerlendireceğiz.

Oder, bir çalışmasında norm yapıları ve bunlara göre temel hak ve özgürlüklerin somutlaşma yöntemlerine değinirken, Anayasamızda yer alan normları kategorize ederek dokuz adet “temel normatif kurgu” tespit eder. Bunlardan ilki olarak, temel hak yorumunu özgül ve zor kılan ve “karar normu”nu özellikle ön plana çıkaran norm kurgusu ile yazar, soyut ve genel nitelikli güvenceleri kasteder. Örneğin, “herkes, yerleşme ve seyahat

⁷⁷¹ *Ibid.*, 254.

⁷⁷² *Ibid.*, 255-256.

hürriyetine sahiptir.” (Ay. madde 23/1) Bu ifadenin de dahil olduğu soyut ve genel nitelikli güvenceler, temel hakkın norm alanına dair çok fazla şey söylemez, genellikle hak öznesini vurgular (“herkes” gibi). İlgili hak ve özgürlüğü soyut düzeyde güvence altına alır⁷⁷³. Bu ifade ana güvenceyi belirtmekle beraber, hakkın özgül kullanım biçimlerini açıklamaktan yoksundur⁷⁷⁴. Bu nedenle ilgili hak (veya özgürlüğün) somutlaştırılmasında yasa koyucu ile uyumsuzluk durumunda, yargısal karara geniş bir alan kalır⁷⁷⁵. Bu tür normlarda hak ve özgürlük alanının bu organlar tarafından görelileştirilmesi olasılığı da artar⁷⁷⁶.

Yazar bu normları, Alexy’nin “ilke normlar” olarak tanımladığı normlara ideal örnek olarak gösterir⁷⁷⁷. Bu normlar Oder’in belirttiği gibi, Alexy’nin teorisinde ilke normlar olarak nitelendirilecektir. Ancak Oder’in ifadeleri ve bu norm türlerine dair açıklamalarından sonra, bunları ilke normlar kapsamına yerleştirmesi, tam da Alexy’nin kabul etmediği ve kaçındığı “soyutluk” ve “genellik” kavramları ile gerekçelendirilir. Oysa ilkelerin soyut veya genel olmakla kurallardan ayrılamayacağını bizzat Alexy açıklamıştır. Zira genellik (ve onun karşıtı olarak belirlilik) bir derece meselesidir⁷⁷⁸.

Oder’in yargısal sürecin somutlaştırması ile soyut ve genel güvence normlarının yani ilkelerin “kural” niteliğini kazandığını belirtmesi⁷⁷⁹, Alexy’nin teorisine uyumludur. Oder’in yorumlarından, ilke olan bir normun somutlaştırılmasının “kurallaştırılması” anlamına geldiği sonucu çıkar. Yazarın yarattığı kategorileştirmedeki bir diğer norm türü “pozitifleşmiş öz güvenceleri”, yani kendi tabiriyle “kural norm”lardır. Bu normlar, hak ve özgürlükler lehine “belirli ve öngörülebilir yasaklar” olarak ortaya çıkan ve ilgili hak veya özgürlüğün Anayasada somutlaşmış öz güvencesini ifade eden normlardır⁷⁸⁰. Yazarın bu norm türüne verdiği örneklerden biri, Vural’ın da

⁷⁷³ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 53.

⁷⁷⁴ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 127-128.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, 127.

⁷⁷⁶ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 53.

⁷⁷⁷ *Ibid.* Ayrıca Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 128.

⁷⁷⁸ R. M. Hare, “The Presidential Address: Principles”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 73 (1972): 3

⁷⁷⁹ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 128.

⁷⁸⁰ *Ibid.* Anayasal hukuk sistemimizde her ne kadar anayasal normların doğrudan etkili olduğu kabul edilmeyerek; yasama, yürütme ya da yargı eliyle somutlaştırılmaya muhtaç oldukları kabul edilse bile kural normlar Anayasa Mahkemesinin de dolaylı bir şekilde teyit ettiği üzere “doğrudan etkili normlar”dır. Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 53. Örneğin ispat hakkına ilişkin Anayasa normu böyle bir normdur. AYM de bir kararında bunu teyit etmiştir. *Ibid.*, 54.

kural norma örnek olarak verdiği din özgürlüğü kapsamında zorlanamama, kınanamama ve suçlanamamaya dair normdur (Ay. madde 24/3)⁷⁸¹. Bir diğer örnek sendika üyesi olmaya veya üyelikte ayrılmaya zorlanamama hükmüdür (Ay. madde 51/1)⁷⁸².

İlke normlara dair Alexy'nin kaçındığı terimleri (örneğin genellik) göz önünde tutmakla eleştirdiğimiz Oder'in, aynı duruma kurallar için de düştüğünü görüyoruz. Yazara göre, pozitifleşmiş öz güvence ne kadar açık ve kesin ise, norm da o kadar yüksek oranda “kural” değeri taşır. “Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar kural değeri taşıdıkça, sınırlama karşısında geniş dokunulmaz alanlar yaratırlar”⁷⁸³. Oder'in kural “değerinden” bahsetmesi, yazara göre bir anayasa normunun ya ilke ya da kural olma seçeneklerinin aksine, ilkeye veya kurala daha yakın olmak gibi bir “derecelendirme”ye gittiğini gösterir. Oysa kural ile ilke arasındaki farkın niteliksel olduğuna, bir anayasal hakkın ya kural ya da ilke olabileceğine Alexy'nin açıklamalarıyla yer vermiştik. Oder'e göre sansür yasağı (Ay. madde 28)⁷⁸⁴ olsun, düşünce ve vicdani kanaatlerini açıklamaya zorlanamama (madde 25 ve 15) olsun, bu tür kural normlarda hakim artık pozitifleşmiş öz güvencenin sınırları ile bağlı olduğundan pratik uyum, dengeleme veya tartım gibi süreçlere girmesi zaten mümkün olmayacaktır⁷⁸⁵.

Aslında buradaki kriter, çalışmamızın başında yer verdiğimiz anayasal hak normlarının genel özellikleridir. Başka bir ifadeyle, anayasal hak hükümlerinin açık uçlu, yoruma ihtiyaç duyan ifadelerden oluşmasıdır. Ne zaman ki hakkın kapsamı kolay ve net bir şekilde tespit edilebilir, bu durumda ilgili hakkın kural norma örnek olarak verildiğini görmekteyiz. Aksine özellikle koruma alanının genişliğinin tartışmalı ve yoruma muhtaç olduğu haklar –ki bunlar çoğunluğu oluştur- ilke normları oluşturur. Ancak yukarıda değindiğimiz ve negatif inanç özgürlüğü olarak adlandırabileceğimiz özgürlük, en rahat şekilde kural norma örnek gösterilse bile bu ,özgürlük dahi yoruma ihtiyaç duyabilmektedir. Neyin olumsuz inanç özgürlüğü, neyin sansür yasağı ya da neyin mülkiyet dokunulmazlığı kapsamına girdiği dahi net olarak ortaya konmayabilir.

⁷⁸¹ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 129.

⁷⁸² *Ibid.*, 128-129. Oder'in verdiği diğer örnekler madde 9/1 (“Sürelî veya süresiz yayın önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz”) ile madde 38/10 (“Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.”) dur. *Ibid.*, 129. Ayrıca Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 53.

⁷⁸³ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 129.

⁷⁸⁴ Anayasa madde 28/1: “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.” Burada sansür yasağı pozitifleşmiş öz güvenceyi oluşturur.

⁷⁸⁵ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 53.

Örneğin, “kötü muamele yasağı” gibi güçlü şekilde korunan bir hakkın kapsamının dahi insan hakları hukukunun gelişimi çerçevesinde arttığı göz önünde tutulduğunda, ne demek istediğimiz kavranacaktır. Bu nedenle, anayasal hakların savunma işlevi yönünün kural norm olarak benimsenmesine imkan olup olmadığını bir an için düşünelim bile, tereddüde kapılıyoruz. Herhalde en azından *genel olarak* böyle olduğunu söyleyebiliriz. Herkesin inanç özgürlüğü korunur ifadesinin, kimse inançlarını açıklamaya zorlanamaz ifadesinden daha muğlak olduğunu sanırız ki herkes kabul edecektir.

Öyleyse bizce mesele tamamen hakkın yorumlanması ve somutlaşması meselesidir. Bu anlamda Alexy'nin “nicelik” değil, “nitelik” kriterine ters düştüğünü belirtsek de esasen Oder'in görüşlerini tutarlı bulmakta ve bu noktada yazara katılmaktayız. Eğer bir normun ilke veya kural olarak kabul edilmesi bir nitelik değil de, derece meselesiye bu durumda iki ihtimal vardır. Birinci ihtimalde bu derece keskin şekilde birbirinden ayrılacak ve çizginin bir yanında kalan kural, diğer yanında kalan ise ilke olarak değerlendirilecektir. Söz gelimi genelliği yüz üzerinden değerlendirdiğimizi düşünürsek yüzde 50'ye kadar olan kısım kural, yüzde 51'den yüzde yüze kadar olan kısım ise ilke olarak değerlendirilecektir. Böyle bir yöntemin saçma olacağı açıktır. Çünkü nicelik gibi görece nesnel bir kriterden yola çıkmaya çalışanlar, böyle bir durumda neyin kural olacak kadar belirli, neyin ilke kabul edilecek kadar genel olduğunu nesnel olmayan bir görüşle iddia edebileceklerdir. Zaten böyle keskin bir ayırım da nicelikten çok niteliği andırır.

Geriye ikinci seçenek kalır: İlke ile kural arasındaki dereceyi keskin bir çizgi olarak görmek yerine, kademe kademe değerlendirmek. Bu durumda da bir ilkenin kurala geçişi, Alexy'nin iddia ettiği gibi keskin bir şekilde- bir kural türeterek- değil, ancak yorumlama ve içeriğinin somutlaşmasına göre bir süreç şeklinde olacaktır. Dolayısıyla bizce Oder'in kurallaşmaya yaklaşma düşüncesi ve ortaya koyduğu dokuz farklı kategori, Alexy'nin teorisinden çok daha kullanışlıdır.

Yukarıdaki açıklamalarımıza rağmen, biz anayasal haklar için ilke ve kural ayırımını kabul etmiyoruz. Ancak kural ve ilke ayırımının bizi götüreceği bir sonuç var mı, buna bakmamız gerekir. Neticede Alexy, bu ayırımı anayasal hakların çatışması teorisine kesin bir şekilde yansıtmış ve hatta bu ayırımın en çok bu noktada görünür hale geldiğini

savunmuştur⁷⁸⁶. Bu nedenle aşağıda Alexy'nin kurallar ve ilkeler ayırımına yönelik eleştirilerimize yer vereceğiz.

e. İlkeler ve Kurallar Ayırımına İtirazlar

Alexy'nin ilkeler ve kurallar ayırımına yönelik itirazlara geçmeden önce, yazarın teorisini savunmaktaki ısrarına değinmek istiyoruz. Yazarın, kendi ilkeler teorisini yani kurallar ve ilkeler ayırımını, anayasal haklar doktrininin merkezi problemleri için anahtar niteliğinde bir çözüm olarak sunduğunu belirtmiştik. İlkeler teorisinde çok iddialı olan yazara göre, ilkeler ile kurallar arasındaki ayırım kabul edilmedikçe ne hakların sınırlanması teorisini, ne anayasal hak çatışmaları teorisini, ne de anayasal hakların hukuk düzenindeki rolünü anlayamayız⁷⁸⁷. Açıkçası Alexy bu kadar iddialı ifadesiyle, anayasal hakların çatışmasını farklı bir perspektifle ele almak isteyen yazarların önüne adeta set çeker. Çünkü ona göre, ilke ile kural ayırımı olmaksızın kabul edilebilir bir anayasal hak çatışması teorisi inşa edilemeyecektir. Bununla birlikte Alexy'nin teorisini bu kadar dirayetle savunması, onu eleştirilere maruz kalmaktan kurtarmamıştır. Biz de aşağıda bu eleştirilere yer vereceğiz.

(1) İlkeler ve Kurallar Ayırımındaki Belirsizlik

İlke ve kural ayırımına ilk eleştiri, ilke kavramının içeriğinin belirsiz olmasıdır⁷⁸⁸. Birçok hukuk teorisyeni için önemli olan hukuki kurallar ile ilkeler arasındaki ayırım, aynı zamanda belirsiz bir ayırımdır⁷⁸⁹. Keskin bir ayırım yapsak bile, anayasal hakların her zaman ilkeler olarak kategorize edilebileceği açık değildir⁷⁹⁰. İlkeler ve kurallar ayırımında kesin olan tek şey, hukuk teorisyenlerin ve uygulayıcılarının “hukuki ilkeler” dediği tüm unsurları bir kategoride toplamanın imkansız olduğudur⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 48.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, 44.

⁷⁸⁸ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 25.

⁷⁸⁹ Biz örneğin yukarıda Oder'in, kural ile ilke ayırımını bir nitelik değil de, derece yani nicelik meselesi olarak gördüğünü gösterdik.

⁷⁹⁰ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 731.

⁷⁹¹ Guastini (1996)'den aktaran *Ibid.*

Alexy'nin güçlü bir şekilde kural ve ilke ayrımının derece değil⁷⁹² de nitelik meselesi olduğunu savunması, bu yöndeki tereddütleri ortadan kaldırmaya yetmez. Bu ayrıma dair önerilen birçok kritere rağmen, bu ayrımın bir nitelik mi, yoksa nicelik ayrımı mı olduğu dahi henüz belli değildir⁷⁹³. Örneğin Alexy'nin reddettiği “genellik” kriterinden yola çıkalım. “Genellik”in ilkeler ve kurallar ayrımı için bir kriter olamayacağını öne süren yazar, ne yazık ki bu konuda çok anlaşılır örnekler de ileri sürmez. Alexy'nin “din özgürlüğü”ne ilişkin normlar örneğini ele alalım. Herkesin din özgürlüğüne sahip olduğu, genelliği yüksek bir norma örnektir⁷⁹⁴. Aksine, her mahkumun diğer mahkumları inançlarını terk etmeye ikna etme hakkına sahip olduğunu belirten norm, nispeten düşük genellikte bir norm örneği teşkil eder⁷⁹⁵. Buradan anlıyoruz ki, yazar düşük genellikte olmasına rağmen ikinci normun kural değil, aksine ilke olduğu kanaatindedir. Ne var ki bizce bu düşük genelliğe rağmen, zaten genellik kriterinden yola çıkarak bu normun da ilke olduğunu kabul edecek birçok yazar olacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce, Alexy ayırt edici bir örnek sunamamıştır.

Alexy'nin, genellik kriterine başvuran yazarların “belirli” olarak değerlendirip kural norm olarak göreceklere bir hak örneği vererek, “belirli” olmasına rağmen burada “kural” niteliğini neden reddettiğini açıklamamasını tercih ederdik. Böylece yazar ayrımını daha iyi ortaya koyabilecekti. Biz Alexy'nin neden daha keskin bir örnek veya daha fazla örnek çeşidiyle açıklamalarını yapmadığını anlayamıyoruz. Bu bize göre, belirsizliği yaratan hususlardan biridir. Örneğin tam da din özgürlüğünden bahsetmişken, olumsuz din özgürlüğü olarak adlandıracağımız dini görüşlerini ifade etmeye, ibadet yapmaya zorlanamama haklarını içeren bir normdan veya “sansür yasaktır” gibi bir normdan yola

⁷⁹² Örneğin Hart da, Dworkin'in bir hukuk sisteminin hem ya hep ya hiç kurallarından hem de kesin olmayan ilkelerden oluştuğu iddiasındaki bu tutarsızlığının, ayrımın bir derece meselesi olduğunu kabul edersek giderilebileceğini belirtir. Hart, *The Concept of Law*, 262. Bu noktada bizce aynı itiraz Alexy'ye de yöneltilebilir.

⁷⁹³ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 731. Alexy de kendi çalışmasında ilkeler ve kurallar ayrımının hala tartışmalı ve terminolojik olarak tutarsızlığa sahip olduğunu belirtir. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 45. Martinez-Zorrilla'ya göre, ilkeler için birçok kriter önerilmişse de temel olarak kabul görmekte başarılı olan iki genel yaklaşım vardır. Bunlardan biri, ilkeleri uygulanma koşulları açık veya kısmi olarak belirsiz olan normlar olarak algılayan görüştür (Dworkin, *Taking Rights Seriously*). İkincisi ise, maksimize edilmeyi amaçlayan normlar olarak ilkelerdir ki bu da Alexy'ye aittir (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*). Yazarın görüşü ise burada Dworkin'e daha yakındır. Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 731 (dp. 5).

⁷⁹⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 45.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, 45-46.

çıkarak, bu normların kural mı yoksa ilke mi kabul edileceğine dair açıklama yapması, yazarın düşüncelerini daha net anlamamıza yardımcı olacaktır.

Olumsuz din özgürlüğü, hem Vural'ın hem de Oder'in, sansür yasağı ise diğer örneklerin yanı sıra Oder'in verdiği kural norm örnekleridir. Ancak biz bu örneklerin Alexy'nin teorisi açısından doğru verildiğinden emin değiliz. Çünkü eğer Alexy'yi doğru anlamışsak, yazarın teorisinde bu iki özgürlük kural olarak en azından *tamamlanmış kural* olarak kabul edilmeyecektir. Bu tespitimiz ve *tamamlanmamış kural* ile neyi kastettiğimizi açıklamadan önce, yazarın anayasal hak normlarını ilkeler olarak kabul etmesindeki bir soruna değinelim.

Sorun şudur ki Alexy'nin tüm anayasal hakları mı, yoksa anayasal hakların çoğunluğunu mu ilke olarak kabul ettiği ne yazık ki açık değildir. Yazar ikincisini düşünmemizi sağlayacak şekilde, kural norm olarak nitelendirdiği bir anayasal hak örneği sunmaz. Aksine kural norma verdiği örnek, Trafik Kanunundaki bir hükümdür: "Araçlar soldan geçmelidir"⁷⁹⁶. Pek tabii bu norm ya gerçekleştirilecek veya gerçekleştirilemeyecek bir kuraldır⁷⁹⁷. Dolayısıyla biz, eğer ilkeler ve kurallar ayrımını kabul etseydik dahi bunun bir ilke olduğunu iddia etmezdik.

Alexy'nin ilkeler teorisinde belirsizliğe yol açan hususlardan biri olan bu sorundan ötürü, biz bütün anayasal hakların ilke olarak mı kabul edildiğini, yoksa kurallar niteliğinde anayasal hakların da mı var olduğunu, yazarın çalışmasından yola çıkarak net bir şekilde ortaya koyamıyoruz. Yazarın bize kural niteliğinde gördüğü bir anayasal hak örneği sunmaması da bizde bu şüpheyi arttırmaktadır. Dolayısıyla biz ilkeler teorisinde tüm anayasal haklar ilkelerdir, şeklinde bir kanaate yaklaşıyoruz. Bu kanaatimizin Vural ve Oder'in -Alexy'nin teorisinde kimi anayasal hakların kural olarak kabul edilebilecekleri- kanaatiyle uyuşmadığı açıktır. Öyleyse şüphemizde temkinli olarak, bizi daha net bir yargıya götürmesi için Alexy'nin açıklamalarından devam edelim.

Alexy'nin, kuralların çatışmasını ve ilkelerin yarışmasını kabul ettiğini belirtmiş ve yazarın ilkeler yarışması için FAYM kararlarından verdiği örnekleri incelemiştik. Yazarın kurallar çatışması için verdiği örneğe ise burada değinelim. Söz konusu olay,

⁷⁹⁶ *Ibid.*, (dp. 25).

⁷⁹⁷ *Ibid.*, 48.

Federal hukuk düzeyinde uygulanabilir 1934 ve 1938 yılları Çalışma Zamanı Kanununun hafta içi her gün sabah 7'den akşam 7'ye kadar mağazaların açık kalmasına izin veren hükmü ile Baden Bölge Kanununda, Çarşamba günleri 13.00'dan sonra mağazaların açılmasını yasaklayan hüküm arasındaki çatışmaya dairdir⁷⁹⁸. Bu iki kuralın da geçerli olması mümkün değildir; aksi takdirde Çarşamba günü mağazaları açmak hem izinli hem de yasak olacaktır. Nihayetinde FAYM Anayasasının 31'inci maddesine göre bölgesel normun geçersizliğini ilan etmiştir⁷⁹⁹. Dolayısıyla yazar bize, yine anayasal hak normunun konu olduğu bir çatışma örneği vermemiştir. Bu örnekle yukarıda izah ettiğimiz görüşlerimizi birleştirmek ve düşüncelerimizi ortaya koymak için bu noktada, aklımızdakileri tercüme etmiş olan Ralf Poscher'e başvuracağız.

Hem mağaza kapanış saati örneğine hem de Alexy'nin verdiği diğer bir örneğe yer veren Poscher, bu örneklerdeki normların netliğinden (*clear-cut*) bahseder⁸⁰⁰. Kurallar, bir davanın yalnızca altlanmasına izin veren normlardır. Ancak zor durumlar ortaya çıkarsa, normlar dengelenmesi gereken ilkelere dönüşür⁸⁰¹. Gerçekten de Alexy kuralların niteliğini açık bir şekilde ortaya koymuştur: Olayın altlanabileceği, yani artık dengeleme olmaksızın somut olaya uygulanabilecek önerme geçerli bir kuraldır. Ancak anayasal haklar nadiren böyle kolay bir kabule izin verdiğiinden ve zor durumlara çok meyilli olduklarından, kural olamazlar, ilke olmak zorundadırlar⁸⁰². Poscher'in Alexy'den⁸⁰³ yaptığı doğrudan alıntıya biz de yer vermek istiyoruz.

Tabii ki, basitçe atılma yoluyla çözülebilecek birçok durum vardır. Bununla birlikte, zor davalar, dikkate alınan herhangi bir kararın hem lehine hem de aleyhine nedenler olduğu gerçeğiyle tanımlanır. Bu sebeple çatışmalarının çoğu, dengeleme aracılığıyla çözülmelidir. Dengelemenin her yerde bulunmasının bu genel nedeni, anayasal devletin yapısına dayanan bir nedenle desteklenir. *Anayasa, anayasal hakları garanti ediyorsa, o zaman bireylerin özgürlüğünü kısıtlayan birçok veya hatta tüm hukuki kararların anayasal haklara müdahale olarak anlaşılması gerekir.* Bununla birlikte, anayasal haklara yapılan müdahaleler, ancak

⁷⁹⁸ *Ibid.*, 49.

⁷⁹⁹ *Ibid.* İlgili karar BVerfGE 1, 283 (292 vd.) (*Ladenschlußgesetze*). GG m. 31: “[Federal hukukun üstünlüğü] Federal hukuk, eyalet hukukunu bozar.”

⁸⁰⁰ Ralf Poscher, “Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy’s Latest Attempt to Save His Concept of Principle”, *Ratio Juris* 33, no. 2 (2020): 136.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² *Ibid.*, 136-137.

⁸⁰³ Alexy, “On Balancing and Subsumption”, 436.

haklı oldukları takdirde kabul edilebilir ve orantılı oldukları takdirde haklı görülebilirler⁸⁰⁴.

Bu alıntı, anayasal hakların yorumlanmasıyla ilgili ilkeler teorisinin işleyişini açıklar⁸⁰⁵. İlkeler kuralların aksine, yalnızca atlamayla somut koşullara kolayca uygulanmayan, daha çok dengelemeyi içeren normlardır. Anayasal haklar çoğunlukla soyut ve geniş kapsamlı oldukları için yalnızca atlamayla somut vakalara kolayca uygulanamazlar, dolayısıyla dengelemeyi gerektirirler. Öyleyse ilkeler teorisinin norm ikiliğine (dikotomi) göre anayasal haklar ilke olmak *zorundadırlar (must)*⁸⁰⁶. Böylece Alexy'nin ilkeler teorisinde, anayasal hakların kural norm niteliğinde var olmadığını görürüz. Teoriye göre ilkelerin optimizasyon gereklilikleri olarak yorumlanmaları gerektiği de dikkate alındığında, Alexy ve takipçilerinin desteklediği hukuki normların ontolojisinden, anayasal hakların optimizasyon gereksinimleri olarak anlaşılması gerektiği sonucu ortaya çıkar⁸⁰⁷.

Tüm bunlardan yola çıkarak, Alexy'nin teorisine göre anayasal hakların hepsinin, ilke olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varıyoruz⁸⁰⁸. Ancak ne var ki Alexy kafamızı karıştırmaya devam edip anayasal hakların “çift yönü”nden ve “tamamlanmamış kural”dan bahseder. Yazarın neyi kastettiğini açıklayalım.

(2) Anayasal Hak Normlarının Çift Yönü ve Tamamlanmamış Kurallar Sorunu

Alexy'ye göre anayasal hak *hükümlerinin*⁸⁰⁹ kurallar ve ilkeler olan iki norm türünü sağlaması anayasal *hükümlerin* çift yönünü gösterir⁸¹⁰. Yazara göre anayasal haklar ya (genellikle tamamlanmamış) kurallar ya da ilkelerdir. Bu iki seviye birleşirse anayasal hak normları çift yöne sahip olur. Böyle bir kombinasyon, ilkelendirilmiş, dolayısıyla dengelenmesi gereken bir sınırlama klozunun anayasal hak normunda yer alması ile oluşur⁸¹¹. Öyleyse bizim kafamızı karıştıran soruya Alexy aslında kendisi cevap

⁸⁰⁴ İtalik vurgu bize aittir.

⁸⁰⁵ Poscher, “On Robert Alexy’s Latest Attempt”, 137.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ Barak da eserinde, Alexy'nin yaklaşımında *tüm anayasal hakların* kesin haklardan ziyade *prima facie* hakları temsil eden ilkeler formu olduğu sonucuna varır. Barak, *Proportionality*, 39. Vurgu bize ait.

⁸⁰⁹ Vurgu Alexy'ye ait.

⁸¹⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 84.

⁸¹¹ *Ibid.*

verir: Anayasal hak normları (genellikle tamamlanmamış) kurallar olarak da nitelendirilebilir. Şimdi yazarın kendi verdiği örnekten⁸¹² yola çıkalım.

Önerme 1: “Sanat serbesttir.”

Alman Anayasasının 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasından yola çıkıldığında, Anayasa geniş anlamda bir koruma sağlamaktadır Başka bir ifadeyle, *prima facie* sanat özgürlüğüne dair davranışları düzenleyen her düzenleme yasaklanmıştır. Dolayısıyla:

Önerme 2: “Sanatsal alana ait eylemlere ilişkin devlet düzenlemeleri yasaktır.”

Alexy’ye göre eğer bu önerme tamamlanmış bir kural olarak kabul edilirse, sınırsız bir hakkın varlığını kabul etmek gerekir. Ancak sanat özgürlüğünü önceleyen diğer ilkeler düşünüldüğünde bu doğru olamayacağına göre, bir sınırlama klozu gerekir. Bunu da FAYM şu formülüyle ortaya koymuştur⁸¹³:

Önerme 3: “Davanın koşullarında sanat özgürlüğü ilkesini önceleyen anayasal statüde (başkalarının anayasal haklarını ya da kolektif menfaatleri koruyan) olan yarışan bir ilkenin gerçekleşmesi için gerekli olmadıkça sanatsal alana ait eylemlere ilişkin devlet düzenlemeleri yasaktır”⁸¹⁴.

Bu önermenin esasen ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesinden başka bir şey olmadığı açıktır. Yazar görünüşte sınırsız olan bir hakkın dahi ölçülülük ilkesi çerçevesinde diğer ilkelerle sınırlanabileceği sonucuna varır⁸¹⁵. Alexy’ye göre ilkeler teorisi ölçülülük ilkesini (ve dolayısıyla onun üç alt ilkesini), ölçülülük ilkesi de ilkeler teorisini gerektirir⁸¹⁶. Bu ikisinden birini reddeden, yazara göre, diğerini de reddetmek zorundadır. İlkeler teorisi üzerindeki anlaşmazlık, bu nedenle ölçülülük konusundaki anlaşmazlığın bir yansıması olarak görülmelidir⁸¹⁷.

Yeniden üçüncü önermeye dönersek; böylece anayasal hak normu sınırlama klozu ile donatılmış olur. Bu norm, hem herhangi başka bir normla dengeleme olmaksızın

⁸¹² *Ibid.*, 84-85’deki açıklamalar.

⁸¹³ *Ibid.*, 84.

⁸¹⁴ BVerfGE 28, 243 (261).

⁸¹⁵ Alexy bunun ayrıntılarını verir. Ancak biz şimdilik ölçülülük ilkesi kısmına girmek istemiyoruz. Bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 85.

⁸¹⁶ Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, 297.

⁸¹⁷ *Ibid.*

uygulanabilmesi ve hem de davaların altlanabileceği bir norm olması açısından kural niteliği taşır. Bu normun kapsamına girmekle beraber sınırlama koşullarını sağlamayan her olay yasaktır. Ancak sınırlama klozu açıkça yarışan ilkelere atıf yaptığında kural niteliğine sahip olmaz. Normlar bu haliyle çift yönlü anayasal hak normlarıdır⁸¹⁸.

Alexy daha fazla ayrıntıya girmemiştir. “Gösterilmesi gereken gösterilmiştir”⁸¹⁹. Yazara göre anayasal hak normlarını salt kurallar ya da salt ilkeler olarak kavramak yetersizdir. Yeterli bir model, anayasa hükümlerinden hem kurallar hem de ilkeler çıkarır. Her ikisi de çift yönlü anayasal hak normunda birleştirilmiştir⁸²⁰. Öyleyse Alexy’nin teorisinde her norm ya bir kuraldır ya da ilkedir; anayasal hak normu her zaman bir kural veya ilke olma potansiyeli taşır. Bizce bu ifadenin yukarıdaki açıkladıklarımızla uyuşmayan bir yanı yoktur. Alexy’nin teorisinden anladığımız, normun uygulanması aşamasında ve artık karar verilirken söz konusu anayasal hak normundan mutlaka bir kural çıkarılması gerektiğidir ki olay ancak bu şekilde altlanabilecektir. Biz hala bu teoriye göre olayı kapsayacak “kural” norm türetilmediği sürece her anayasal hakkın, ilke niteliğinde kabul edildiği görüşündeyiz. Nihayetinde haktan kural türetilmesi ise bu görüşümüzü değiştirmez.

Şimdi Alexy’nin deyişiyle anayasal hükümlerin çift yönünü, bizim Anayasamızdan örneklendirelim. Anayasa madde 28/1’e göre “Basın ... sansür edilemez.” Alexy’nin teorisinde bu tamamlanmamış bir kuraldır ve görüldüğü gibi sınırsız olmayıp başka ilkelerle yarışabilir. Nitekim 28’inci maddenin dördüncü fıkrasında diğerlerinin yanı sıra Devlete ait gizli bilgilere ilişkin “her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler”in sorumlu tutulacaklarının belirtilmesi nitelikli bir sınırlama klozu oluşturur. Öyleyse sansür yasağı dahi, Oder’in belirttiği gibi, kural norm değil ancak Alexy’nin ifade ettiği üzere tamamlanmamış bir kuraldır⁸²¹.

Benzer bir yorumu olumsuz din özgürlüğü açısından yapabilecek miyiz, buna bakalım. Din özgürlüğünün kural olmadığını göstermek daha zor olacaktır, zira sansür

⁸¹⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 85.

⁸¹⁹ *Ibid.*, 86.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ Burada belirtelim ki Alexy’nin ilkeler teorisi bağlamında Oder ve Vural’ın örneklerine yönelttiğimiz bu eleştiriler, Alexy’nin teorisinin doğruluğunu savunmak değil, aksine sorunlu yanlarını göstermek içindir.

yasağı gibi Anayasamızda istisnaları da düzenlenmiş değildir⁸²². Olumsuz din özgürlüğünün altında yer alan “inancını açıklamama” hakkı ile devam edeceğiz. “Kimse inancını açıklamaya zorlanamaz, bu hükmün dengelenmesine gerek yoktur, doğrudan olaya uygulanabilir, öyleyse kuraldır” diye düşünürken esasen böyle olmadığını göstermeye çalışacağız. Bunu da aslında farazi bir örnek olmasını dilediğimiz, ancak hukuk sistemimizde rastladığımız “nüfus cüzdanlarındaki din hanesi” uygulamasına bakarak yapacağız.

“Nüfus cüzdanlarındaki din hanesi” uygulaması esasen olumsuz din özgürlüğüne aykırıdır⁸²³. Bu uygulama, bireylerin inançlarını açıklamaya zorlanarak inancının kayıt altına almasını gerektirir⁸²⁴. Üstelik bu uygulamayı getiren düzenleme, Türkiye’de zamanında, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uygun bulunmuştur⁸²⁵. AİHM ise 2010 yılındaki *Sinan Işık v. Türkiye* kararıyla⁸²⁶ bu prosedürü Sözleşmede korunan din özgürlüğüne aykırı bulmuştur⁸²⁷. Amacımız burada olumsuz din özgürlüğünün koruma alanını belirlemek ve bunun üzerine tartışmak değildir. Amacımız din özgürlüğünün dokunulmaz çekirdeğini oluşturan din veya inancını açıklamaya zorlanamama hakkının⁸²⁸ dahi kural norm olarak doğrudan uygulanamayabileceğini göstermektir⁸²⁹. İlkeler teorisi bizce buna zemin hazırlamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 1995 yılındaki kararında⁸³⁰ belirttiği “ulusun demografik yapısının kamu yararını ilgilendirmesi” ifadesindeki⁸³¹ demografik yapıyı korumak ilke olarak ve üstelik yarışan ilke olarak kabul edilerek dengeleme gerektirebilir. Bu

⁸²² 1982 Anayasası, madde 24/3: “Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz”.

⁸²³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 81.

⁸²⁴ Berke Özenç, “İnancını Açıklamama Hakkı Açısından Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartlarındaki Din Hanesi”, *TBB Dergisi*, no. 141 (2019): 10.

⁸²⁵ Özenç, “İnancını Açıklamama Hakkı”, 10. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 27 Kasım 1979 tarih ve E. 1979/9, K. 1979/44 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, sayı 17: 332-348, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/kararlar-dergisi/?yil=1979&searchTags=> (erişim tarihi: 5.5.2022).

⁸²⁶ AİHM, *Sinan Işık v. Türkiye*, B. No. 21924/05, 2.2.2010.

⁸²⁷ Özenç, “İnancını Açıklamama Hakkı”, 10-11.

⁸²⁸ Özenç, “İnancını Açıklamama Hakkı”, 10-11. Koruma alanının çekirdeğini oluşturan bu alan AİHM içtihadında “*forum internum*” olarak geçer. AİHM, *Sinan Işık v. Türkiye*, para. 42.

⁸²⁹ Kaldı ki biz daha keskin bir alandan, inancını açıklamamaya yapılan doğrudan müdahalelerden yola çıkıyoruz. Bu hakkı ihlal edecek şekilde gerçekleşen birçok dolaylı müdahale için bkz. Özenç, “İnancını Açıklamama Hakkı”, 13.

⁸³⁰ Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1995 tarih ve E.1995/17, K.1995/16 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* Sayı 31, Cilt 2, 543.

⁸³¹ Dikkat çeken Özenç, “İnancını Açıklamama Hakkı”, 24.

ifadelerimiz, Mahkemenin kararını ve gerekçesini benimsediğimiz anlamına gelmez. Aksine Mahkeme böyle bir uygulamanın dini açıklamaya zorlamama hükmüne aykırı olduğunu dahi kabul etmek istememiştir⁸³² ki buna katılmamız mümkün değil⁸³³. Biz burada, kararın ve Mahkemenin gerekçelerinin ayrıntılarına da girme niyetinde değiliz. İlkeler teorisinin kabul edilmesi halinde başka bir “ilke” (!) ile dengelenerek hakkın kuvvetle muhtemel zarar göreceğini belirtmeye çalışıyoruz. Ancak elbette bu zorunlu bir sonuç değil, fakat dikkate alınması gereken bir risktir. Çünkü tam da Özenç’in Anayasa Mahkemesinin varsayımından hareketle gösterdiği gibi, ortada bir dengeleme olduğunu kabul etsek dahi Anayasanın çatışan iki hukuki değere atfettiği önem⁸³⁴ belirleyici hale gelecektir⁸³⁵.

Dolayısıyla Alexy’nin ilkeler teorisini kabul edersek anayasal hakları, her an her yerden zarar görebilecek birer hedef haline getirmiş olacağız. Nereden geleceği belli olmayan bir saldırı gibi hakkın karşısına yarışan ilkeler çıkarılacak ve hak bu ilkeyle dengelenmeye tabi tutulacaktır. Alexy’nin kamusal menfaatleri de ilkeler olarak değerlendirdiğini göz önüne alırsak yarışan ilkelerin maksimum seviyede gerçekleştirilmesi amacını taşıyan bu teorinin, esasen anayasal hakka zarar verme riski taşıdığını göreceğiz. Bu nedenlerle Alexy’nin teorisinin –ilkelerin bu dengelemeyle ortaya konacak ağırlık boyutunun- hakların kesinliğine zarar verdiği görüşüne katılmaktayız⁸³⁶.

Alexy’nin teorisinin haklara verdiği bu zarar, ilkeler teorisi ile ölçülülük ilkesini birbirinden ayrılmaz olarak değerlendirip, bunun sonucunda hakların yarışmasında dengeleme gerekliliği görmesinden kaynaklanır. Bu noktada iki itirazda bulunabiliriz. Bunlardan biri mutlak haklar meselesi, diğeri ise ilkeler teorisi ile dengeleme arasında varlığı kabul edilen zorunlu bağlantıdır. İlkeler teorisinde, bütün hakların aynı kategoriye konularak ilke kabul edildiğini (edilmek zorunda olduğunu) belirtmiştik. Bu nedenle ilkeler teorisini, mutlak olarak korunan anayasal hakları dikkate almamakla eleştiriyoruz.

⁸³² Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1995 tarih ve E.1995/17, K.1995/16 sayılı Karar, 548.

⁸³³ Kararın ayrıntıları ve eleştirisi için bkz. Özenç, “İnancımı Açıklamama Hakkı”, 24 vd.

⁸³⁴ *Ibid.*, 25-26.

⁸³⁵ Yeni kimlik kartlarındaki durum için *Ibid.*, 36 vd.

⁸³⁶ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, çev. William Rehg (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996), 254; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

Dengeleme kimi haklar için mümkünken, kimi haklar için değildir⁸³⁷. Mutlak haklar dikkate alınsaydı, Alexy'nin iddia ettiğinin aksine bütün anayasal hakların dengeleme normları olarak kabul edilmeyeceği anlaşılırdı. Bunun ne demek olduğunu, mutlak haklar sorunu çerçevesinde izah edeceğiz. Konu derinlemesine bir incelemeyi hak ettiği için bu sorgulamayı ayrı bir başlık altında ele almayı uygun görüyoruz.

(3) Mutlak Haklar Sorunu

Alexy, anayasal hakların yapısı teorisinde, aslında Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları ışığında dengelemenin “yapısal teorisini” geliştirmiş⁸³⁸, “yarışan ilkeler hukukunu” keşfetmiştir⁸³⁹. Alexy böylece, Alman Anayasasında tanımlanan hakların pozitif teorisini merkez alarak, hakların bu bilgisi ile Anayasa Mahkemesinin mevcut pratiklerini bağlantılandırmıştır⁸⁴⁰. Fakat söylediğimiz gibi her hakkın dengelemeye tabi olduğu kabul edilemez. Örneğin, en azından insan onuru dengelemeye tabi tutulamaz ve bu nedenle Alexy'nin argümanı doğru olamaz⁸⁴¹.

Alman Anayasasının 1'inci maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan insan onuru anayasal mutlak hakkın bir örneğidir⁸⁴². Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 2006 yılındaki kararında, hükümete, kaçırılan ve terörist olarak kullanılması muhtemel uçağa ateş açılması yönünde yetkiyi veren “11 Ocak 2005 tarihli Havacılık Güvenlik Yasası” hükmünü anayasaya aykırı bulmuştur⁸⁴³. Mahkeme, bu yetkinin masum yolcuların yaşamlarını araçsallaştırarak insan onuruna aykırı olacağı gerekçesiyle bu kararı almıştır. Birçok insanın öleceğinin açık olduğu durumlarda dahi dengeleme yapılamayacak ve uçağın imhasına izin verilemeyecektir⁸⁴⁴. Yani Alexy'nin kararlarına

⁸³⁷ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 466.

⁸³⁸ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 15.

⁸³⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 11.

⁸⁴⁰ Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 575.

⁸⁴¹ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 465. Birçok Alman akademisyeni de insan onuruna müdahalenin hiçbir şekilde haklılaştırılmayacağına dair geleneksel görüşü savunur. Kaldı ki anayasal içtihat da Alexy'nin görüşlerini tamamen benimsemez. *Ibid.*, 468.

⁸⁴² Natasa Mavronicaola, “What is an ‘absolute right’? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 12, no. 4 (2012): 726.

⁸⁴³ BVerfGE 97, 198 (*Bundesgrenzschutz*).

⁸⁴⁴ BVerfGE 97, 198. Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 466.

yaslanarak teorisini oluşturduğu⁸⁴⁵ FAYM bile bazı durumlarda, bazı hakların asla dengelenemeyeceğini kabul etmektedir⁸⁴⁶. Bu nedenle anayasal haklar gerekçelendirmelerinde dengelemenin gerekip gerekmediği araştırılarak, dengelenebilen ve dengelenemeyen anayasal haklar ayrımı yapılabilir⁸⁴⁷.

Peki dengelenebilecek ve dengelenemeyecek anayasal haklar ayrımı nasıl yapılabilir? Biz mutlak olarak korunmayan her hak için ideal yolun dengeleme olduğu ön kabulünden yola çıkmadığımızı belirterek bu soruya yanıt arayalım. Mutlak olmayan hakların korunmasında mutlaka dengeleme sürecinin gerekip gerekmediğini çatışma çözüm yöntemi olarak “dengeleme” başlığı altında ayrıntılarıyla inceleyeceğiz. Şimdilik dengelenebilecek haklar meselesini bir kenara koyarak, katiyen dengelenemeyecek mutlak hakların varlığını sorgulamamız gerekiyor. Bu sorgulamaya mutlak hakkın varlığına ve mutlaklığın ne olduğuna dair tartışmaları ele alarak başlayacağız.

(a) Mutlak Hakka Dair Tartışmalar

Mutlak anayasal hakların sınırlanamayacağını ve bu nedenle dengelenemeyeceğini belirttik. Ancak mutlak haklar konusunda ilk bakışta görüldüğü kadar kolay bir uzlaşmanın sağlandığı söylenemez. Bu noktada mutlaklığın ne demek olduğu bile başlı başına bir soru oluşturur⁸⁴⁸. Öyleyse önce bir hakkın mutlak olmasının anlamını açıklayalım.

Başka bir kuralla geçersiz kılınmayacağı kabul edildiğinde, anayasal hak mutlak olarak kabul ediliyor demektir⁸⁴⁹. Mutlak hak her yarışı kazanan hak demektir⁸⁵⁰. Çünkü mutlak hak hiçbir şekilde sınırlandırılmaz, geçersiz kılınmaz, (başka bir hak karşısında) geri çekilemez, kendisine istisna getirilemez ve mutlak hakkın koruma alanı

⁸⁴⁵ Möller’e göre, Alexy’nin argümanları net değildir. Alexy bir yandan Alman Anayasasındaki temel hakların hukuki (felsefi değil) bir teorisini geliştirmeyi amaçlamaktadır; öte yandan teori üzerine böyle ağır bir vurgusu olan kitap muhtemelen daha genel iddialarda bulunmak istiyor. *Ibid.*, 457.

⁸⁴⁶ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 467.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, 463.

⁸⁴⁸ Örneğin AİHS madde 3’teki haklar bakımından “mutlak hak” kavramının oldukça belirsiz olduğuna ve denetim organlarının hala kapsam konusunda emin olmadıklarına dair bkz. Michael K. Addo ve Nicholas Grief, “Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *European Journal of International Law* 9, no. 3 (1998): 513-514.

⁸⁴⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 60.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

daraltılamaz⁸⁵¹. Biz mutlak haklar için “yapılamayacak bu eylemlerin tümünü” hakkın “mutlak olarak korunması” şeklinde adlandırıyoruz. Örneğin AİHS’in 3’üncü maddesinde hakların mutlak olduğu yazılmasa da AİHS’in 15’inci maddesinin ikinci fıkrası ile beraber ele alındığında, Sözleşmenin, bu hakkı olağanüstü hallerde dahi istisnadan ve geri çekilmeden (*derogation*) muaf tutarak üstün konuma getirmek istediği anlaşılır⁸⁵². Mutlak haklara belki de en tereddütsüz şekilde verilen bu örnek bir yana⁸⁵³, hakkın mutlaklığından neyin kastedildiği kadar, hakkın ne kadarının ve ne şekilde mutlak olduğu da tartışmalıdır.

Hakların mutlaklığına ilişkin bu tartışmalar dört temel görüş altında incelenebilir⁸⁵⁴. Bunlardan iki tanesi; bir zıt kutupta yer alan hakların tamamının mutlak olduğu görüşü⁸⁵⁵ ile diğer zıt kutupta yer alan bütün hakların dengeleme veya ölçülülük yoluyla sınırlanabileceğini kabul eden “hakların hiçbirinin mutlak olmadığı (nisbîliği)” görüşleridir⁸⁵⁶. Bu iki kutbu temsil edenler, ilk kutba denk gelecek şekilde mutlakçılar ve diğer kutba denk gelecek şekilde *prima facie*’ci teorisyenler olarak adlandırılırlar⁸⁵⁷.

Mutlakçılara göre tehlikede olan ve diğerlerini önceleyen mutlak tek bir hak her zaman vardır. *Prima facie* teorisyenler ise, bu konuda şüphelidirler. Onlara göre hakların gerçek önemi kapsamlarına bağlıdır. Hak, her zaman bize diğerleri ile dengelemek zorunda olduğumuz bir sebep sunar⁸⁵⁸. Kısacası mutlakçılar sınırlı kapsama, ama maksimum güce; *prima facie*’ci teorisyenler ise görelî güce, ama genel kapsama

⁸⁵¹ Mavronicaola, “What is an ‘absolute right’?”, 724. Alan Gewirth, “Are There Any Absolute Rights?” *The Philosophical Quarterly* 31, no. 1 (January 1981): 2. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 114. Addo ve Grief, “Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, 513; Ulaş Karan, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67, no. 2 (2018): 418. Hakkın karşılığı olan ödev yerine getirilmişse hak gerçekleştirilmiş (*fulfilled*), ödev gerçekleştirilmemişse hak çiğnenmiş (*infringed*) olur. Hak haksız yere çiğnendiğinde ihlal edilmiş (*violated*) olur. Haklı olarak çiğnendiyse ise geçersiz (*overridden*) kılınmış olur. Gewirth, “Are There Any Absolute Rights?”, 2. Ayrıca Mavronicaola, “What is an ‘absolute right’?”, 730.

⁸⁵² Addo ve Grief, “Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, 513.

⁸⁵³ Özellikle AİHS’in 3’üncü maddesinin mutlak insan haklarını anlama konusunda neden önemli bir hüküm olduğu ve neden bu tür tartışmaların odak konusunu oluşturduğu hakkında bkz. Mavronicaola, “What is an ‘absolute right’?”, 726-728.

⁸⁵⁴ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 154.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, 114-115.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, 154.

⁸⁵⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 60-61.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, 60.

inanırlar⁸⁵⁹. Alexy de mutlak hakların varlığını reddeden, yani hakların nisbîliğini savunan *prima facie* 'ci teorisyenlerden biridir. Yazarın görüşlerine aşağıda değineceğiz. Ancak hakkıyla bir değerlendirme için bu iki kutup arasında kalan görüşlere de yer verelim.

Bu iki kutup arasında yer alan diğer görüşler; hakların bir kısmını mutlak, diğer kısmını ise nisbî kabul eden karma görüş ile hakların özünü mutlak kabul edip çerperinin nisbî olduğunu, yani özü saklı kalmak kaydıyla bu çerperde dengeleme veya ölçülülük bağlamında sınırlamanın gerçekleştirilebileceğini kabul eden⁸⁶⁰ görüştür⁸⁶¹.

Tüm temel hakları mutlak olarak kabul eden belirlemeci görüş, hakların öyle ifade edilip tanınmasını ister ki haklar birbiriyle çatışmaya girmesin⁸⁶². Bunun için (ahlaki) haklar en başından istisnaları ile beraber tanımlanarak belirlenir⁸⁶³. Dengeleme ve ölçülülük ilkesine başvuran hakimlerin, demokratik meşruiyete sahip olmadıklarını savunan bu görüşün bir dalı⁸⁶⁴, bu konuda meşruiyete sahip olan yasamanın bu belirlemeyi yapması gerektiğini savunur. Yasama organı değişen şartlar ve toplumsal anlayışa uygun olarak anayasal hakların içeriğini yeniden belirleyecektir⁸⁶⁵. Zira haklar *anayasal düzeyde* ancak genel ilkeler olarak düzenlenir. Bir hakkın kapsamı ve içeriği hakkındaki ahlaki-politik tartışmaların sonucunda hak belirtilerek *yasal düzeyde* belirli hale getirilir⁸⁶⁶. Biz bu görüşü kabul etmiyoruz. Özellikle her türlü istisnanın öngörülerek hakkın mutlak bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü toplumsal yaşam ve gelişimde insan hakları uyumsuzlukları şekil değiştirir⁸⁶⁷ ve insan hakları bu anlamda

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ Barak, *Proportionality*, 496.

⁸⁶¹ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 154. Hakkın özünün mutlak olduğuna dair görüşün tarihsel kökeni Alman hukukunda bulunabilir. Barak, *Proportionality*, 496. GG madde 19/2'ye göre "Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz." Birçok başka anayasada da benzer hüküm vardır. Barak'ın isabetle belirttiği gibi bu anayasalardan biri de 13'üncü maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıdır (Barak, *Proportionality*, 496): "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın ... sınırlanabilir."

⁸⁶² Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 154.

⁸⁶³ Bkz. Russ Shafer-Landau, "Specifying Absolute Rights", *Arizona Law Review* 37, no. 1 (Spring 1995): 209-226.

⁸⁶⁴ Grégoire C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitations of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 116 vd., 213-216.

⁸⁶⁵ Webber, *The Negotiable Constitution*, 213-216. Bkz. ayrıca "Avrupa insan hakları hukukunda hakkın kötüye kullanımı yasağı" başlığı.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, 215.

⁸⁶⁷ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 155. Ayrıca bkz. Mavronicaola, "What is an 'absolute right'?", 743-44.

dinamik bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla her türlü istisnanın öngörülmesi mümkün olmadığı için bu görüş sorunludur⁸⁶⁸.

Biz hiçbir anayasal hakkın mutlak olmadığı ve dolayısıyla her anayasal hakkın sınırlandırılabilir olduğu görüşüne de katılmıyoruz. Mutlak olarak korunan haklar, sınırlı sayıdadırlar ve dikkatli şekilde sayılmaları gerekir. Nitekim modern anayasa hukuku çok az sayıda da olsa bir dizi anayasal hakkı mutlak olarak kabul edip kısmi koruma kuralına birkaç istisna üretmiştir⁸⁶⁹. Bu *mutlak koruma*, koşullardan bağımsız olarak karar vericilerin harekete geçmesini gerektirir. Mahkemeler ayrıca yürütme makamları tarafından alınan herhangi bir önlemin hakkın mutlak niteliğini ihlal etmemesini sağlamakla yükümlüdür⁸⁷⁰. Olağanüstü hal veya silahlı çatışma gibi istisnai durumların varlığı bile bu gerekliliği askıya almaz⁸⁷¹. Ayrıca bu haklar herkese tanındığı için kapsamı yabancılar için dar tutulamaz⁸⁷².

Uluslararası hukukta en yaygın kabul edilen mutlak hak hükümleri işkenceden korunma, yargı süreci hakkı ve kölelikten özgürlüktür⁸⁷³. AİHS mekanizmasında mutlak haklar (*absolute/ non-derogable rights*) olarak karşımıza, yaşam hakkı (madde 2), işkence ve zalimane muamele yasağı (madde 3)⁸⁷⁴, kölelik ve kulluk yasağı (madde 4)⁸⁷⁵ ve kanunların geçmişe yürümezliği çıkmaktadır⁸⁷⁶. Tekrar belirtelim ki biz mutlak olarak korunan haklar konusunda çok temkinli olunması gerektiği ve bu hakların sınırlı sayıda oldukları görüşündeyiz. Örneğin AİHS'teki mutlak haklar arasında sayılan yaşam hakkının, diğer hakların kendisinden türediği ve kendisine bağlı olarak kullanıldığı temel

⁸⁶⁸ Danny Frederick, "Pro-Tanto versus Absolute Rights", *The Philosophical Forum* 45, no. 4 (December 2014): 382. Aynı yönde Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 169.

⁸⁶⁹ Barak, *Proportionality*, 27.

⁸⁷⁰ Başak Çalı, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", *Human Rights Quarterly* 29, no. 1 (2007): 258.

⁸⁷¹ Çalı, "Balancing Human Rights?", 258; Karan, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı", 416, 418. AİHS'in üçüncü maddesini mutlak hak olarak ele alan Mavronicaola, "What is an 'absolute right'?", 737.

⁸⁷² Karan, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı", 418.

⁸⁷³ Çalı, "Balancing Human Rights?", 258. Ayrıca bkz. Barak, *Proportionality*, 27-29.

⁸⁷⁴ AİHM, *Ireland v. Birleşik Krallık*, B. No. 5310/71, 18.01.1978, para. 163. Mavronicaola, "What is an 'absolute right'?", 726, 736. AİHM *Pretty v. Birleşik Krallık* kararında, Sözleşmenin ikinci ve üçüncü maddesindeki hakların mutlak olduğunu belirtmiştir. Dikkat çeken Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 115 (dp. 330). Ayrıca mutlak korumanın unsurlarından biri demokratik bir toplumda gerekli olabilecek hiçbir yasal müdahale imkanının tanınmamasıdır. Bunun için aksi yönde olan Sözleşmenin 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2 maddelerine bakılabilir. Mavronicaola, "What is an 'absolute right'?", 737.

⁸⁷⁵ Bkz. Karan, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı", 416.

⁸⁷⁶ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 115.

bir hak olarak kabul etmekle beraber⁸⁷⁷ mutlak olarak kabul edilmediğini düşünürüz⁸⁷⁸. Zira AIHS'in ikinci maddesinde bu hakka sınırlama imkanı getirilmiştir⁸⁷⁹. İkinci maddenin ilk fıkrasında “yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez” denilmektedir. Bu ifade tek başına hakkın mutlak olarak yorumlanmasına engel değil diye varsayalım ve ölüm cezası dışında hakkın mutlak olarak korunduğunu düşünelim. Öyle olsa bile Sözleşmenin 2'nci maddesinin ikinci fıkrası bu mutlaklığı ortadan kaldırmaktadır. Buna göre bu maddede sayılan durumlarda ölüm meydana gelse bile maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır⁸⁸⁰.

Bize kalırsa Sözleşme yazıcıları, burada yaşam hakkı ile kimi durumları dengelemişler ve yaşam hakkını ona göre güvence altına almışlar. Örneğin bir isyanın yasaya uygun olarak bastırılması, insan yaşamından daha önemli olarak görülmüştür. Bu görüşte olan yalnızca biz değiliz. Kumm da bu şekilde olmasa da aynı itirazı yöneltir. Yazar, mutlak haklar sınıfının çok büyük olasılıkla boş olmasından yola çıkarak, haklara koz olacak derecede güçlü bir korumayı sağlayanın ne olduğu sorusunu sorar. Nitekim meşru müdafaa da görüldüğü gibi yaşam hakkı bile mutlak değildir⁸⁸¹.

Mutlak hakların olmadığına dair yaygın bir görüş olduğunu belirten Alan Gewirth de, bu görüşe makul bir örnek oluşturan yaşam hakkı dikkate alınarak yöneltilen itiraza

⁸⁷⁷ Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, no. 103 (2012): 138.

⁸⁷⁸ Çiftçioğlu aksi görüştedir: “Yaşama hakkı, en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar türev, ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu yönüyle yaşama hakkı mutlak bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AIHS) yaşama hakkı dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır.” *Ibid.*, 139. Bununla beraber yazar da şu hususu kabul etmektedir: “Yaşama hakkı Sözleşme'nin mutlak haklar kategorisine girmekle birlikte sınırsız bir hak değildir. 2. maddenin 2. fıkrasında kuvvet kullanmanın meşru olduğu durumlar sınırlı olarak sayılmış olup bunların genişletilmesine imkân yoktur. Devletler savaş ve olağanüstü durumlarda dâhil 2. maddenin 2. fıkrasına aykırı önlemler alamazlar.” *Ibid.*, 156. Kaldı ki yazar yakalamak amacıyla adam öldürme istisnasını da haklı bulmaz. *Ibid.*, 157.

⁸⁷⁹ Benzer durum bizim Anayasamız için de söz konusudur. Bkz. Ay. madde 17/4: “Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

⁸⁸⁰ AIHS m. 2: “Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

A) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

B) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

C) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.”

⁸⁸¹ Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 592.

dikkat çeker. Bu hak, en azından herhangi bir insanı öldürmekten kaçınma şeklindeki olumsuz görevi içerir. Ancak, bu görevin geçersiz kılınabileceği, bir kişinin başka bir masum insanı öldürmesini engellemenin tek yolu buysa veya haksız saldırgan bir ulusun ordusunda savaşa giriyorsa, bir kişinin haklı olarak öldürülebileceği iddia edilir⁸⁸². Nitekim Gewirth de bizim gibi, bu tür vakıalara rağmen belli hakların mutlak olduklarını savunur⁸⁸³.

Mutlak hakların dışında kalan nisbî insan hakları (*qualified human rights*) mutlak olmamalarıyla kendilerini gösterirler. Nisbî haklara ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü veya örgütlenme özgürlüğü gibi örnekler verilebilir. Mutlak olarak korunmayan her anayasal hak bu kategoride değerlendirileceği için açıkçası bunları sıralamaya gerek yoktur. Bu tür haklar, insan hakları tarafından korunan veya korunmayan diğer çıkarlarla çatışabilirler⁸⁸⁴. Keza bu tür anayasal haklar diğer anayasal haklar veya anayasal statüdeki çıkarlarla çatışabilirler. Mutlak olarak kabul edilmeyen ifade özgürlüğüne bakalım. Bu hakka haysiyetin korunması amacıyla müdahale edilebilir veya bazı koşullarda hak geri çekilebilir. Bu da şu anlama gelir ki ifade özgürlüğü üzerindeki her sınırlama ihlal oluşturmaz ve dolayısıyla hukuka aykırılık teşkil etmez⁸⁸⁵. Ancak bu tür hakların korunmasının, sonuçta ortaya çıkan analiz biçimlerine bağlı olup olmayacağı ise hala belirsizdir⁸⁸⁶. Bu hususu çalışmamızın ikinci kısmında “dengeleme” çözüm yöntemini incelerken açıklayacağız.

Tüm açıklamalarımızdan bir sonuç çıkarmamız gerekirse; biz hakları mutlak hak ve nisbî hak olarak ayırmaktansa hakların *nasıl korunduğuna* dikkat çekmeyi tercih ediyoruz. Bu anlamda açıklamalarımızı mutlak ve nisbî hak şeklindeki terminolojiye uygun olarak yapsak da *mutlak olarak korunan hak* ve *nisbî olarak korunan hak* şeklindeki bir ayrımı benimsiyoruz. Buna göre, sınırlı sayıda hak, yukarıda mutlak hakları

⁸⁸² Gewirth, “Are There Any Absolute Rights?”, 1.

⁸⁸³ *Ibid.*, 2.

⁸⁸⁴ Çalının kullandığı *qualified human rights* kavramını “nisbî insan hakları” olarak çevirmenin en doğrusu olduğunu düşündük. Çalı, “Balancing Human Rights?”, 259. Zira İngilizce nisbi haklar (*relative rights*) “sınırlı” (*qualified*) haklar olarak da adlandırılmaktadır. Nitekim “mutlak haklar” da tam bunun zıttı olarak “sınırlı olmayan” (*unqualified*) haklar olarak da adlandırılabilir. Bkz. Barak, *Proportionality*, 27 (dp. 38 ve 39). “*Qualified rights*” için Zeynep Hazar, meşru amaçlar ile sınırlandırılabilirliği açık bir biçimde belirtilen haklar olarak “sınırlanmış haklar” şeklindeki çeviriyi kullanır. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 127.

⁸⁸⁵ Mavronicaola, “What is an ‘Absolute Right’?”, 730.

⁸⁸⁶ Çalı, “Balancing Human Rights?”, 259.

tanımlarken ve mutlak korumadan bahsederken belirttiğimiz şekilde yani mutlak olarak korunur. Bize göre hangi hukuk sistemi dikkate alınıyorsa -örneğin Avrupa insan hakları hukuku veya Türk anayasa hukuku sistemi- ilgili hakkın o sistemde nasıl korunduğuna bakılır⁸⁸⁷. Dolayısıyla biz mutlak hakları açıklarken mevcut bir hukuk sistemine atıfta bulunmayan bir idealden bahsetmiyoruz.

İlgili anayasal hak hükmü kendi başına (sözel yorum) ve diğer hükümlerle beraber dikkate alındığında (sistemik yorum) bu hakkın mutlak olarak korunduğu anlaşılıyorsa, bizce artık aksini iddia etmeye gerek yoktur. Bu değerlendirmeye göre, kendi anayasal hukuk sistemimizde mutlak olarak korunan istisnai haklar ve mutlak olarak korunmayan diğer anayasal hakların varlığını rahatça iddia edebiliriz. Örneğin Anayasamızın ilgili maddeleri ve 15'inci maddesi dikkate alındığında, işkence ve kötü muamele yasağının, masumiyet karinesinin, suç ve cezaların geçmişe yürümezliğinin, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamama ve bunlardan ötürü suçlanamamanın mutlak olarak korunduğunu belirtebiliriz⁸⁸⁸. Bu haklar çekirdek, dokunulmaz veya mutlak olarak adlandırılırlar⁸⁸⁹. Anayasa Mahkemesi de 1991 yılındaki bir kararında⁸⁹⁰ bu hakları “*mutlak olarak korunması*” gereken haklar olarak sayar.

Hakların bir kısmı mutlak diğer kısmı nisbî olarak korunur, önermesi kabul edildiğinde bu iki farklı kategorideki hakların çatışması reddedilerek mutlak hakkın ihlal edilip edilmediğine bakılacak veyahut da mutlak hakka doğrudan öncelik verilerek nisbî

⁸⁸⁷ Örneğin Zucca, temel hakların ne mutlak ne de *prima facie* olduğunu belirtir. Hem güç hem de kapsam olarak görece olan temel haklar, bireylerin anayasal statüsüne bağlıdır. Mutlak ve vazgeçilmez olan bireylerin statüsüdür. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 61. Biz bu görüşün kendi görüşümüzle şöyle uyumlu olduğunu düşünüyoruz: Kural olarak tüm temel haklar mutlak veya *prima facie*'dir diyemeyiz. Belirttiğimiz gibi önemli olan hukuk sisteminde hakkın nasıl korunduğudur. Mevzu bahis olan da anayasal haklar olduğuna göre burada elbette anayasal hak statüsüne bakılır. Bu statü de yukarıda belirttiğimiz gibi anayasal hak hükmünün kendi başına ve anayasanın genelinde nasıl düzenlendiğine bağlıdır.

⁸⁸⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 429.

⁸⁸⁹ *Ibid*; Karan, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, 428

⁸⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 tarihli E.1990/25, K.1991/1 sayılı Karar, RG, 05.03.1992, 21162. “Anayasanın 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre *mutlak olarak korunması gereken hak*, özgürlük ve ilkeler şunlardır: a) Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; b) Kimse vicdan, din, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; c) Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; d) Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

hak dışlanacaktır⁸⁹¹. Bu konu ve mutlak hakların birbiriyle çatışması konusu bu başlığın değil çatışma çözümünün konusudur. Bu nedenle çalışmamızın devamında ele alınacaklar.

Mutlak haklar ile ilgili düşüncelerimizi ortaya koyduğumuza göre, artık Alexy'nin bu yöndeki eleştiriye yanıtlarını değerlendirebiliriz.

(b) *Alexy'nin Mutlak Haklar Eleştirisine Yanıtı*

Bu başlık altında, Alexy'nin ilkeler teorisine yöneltilen “mutlak ilkeler”e⁸⁹² dair itiraza ilişkin yazarın görüşleri çerçevesinde ilkeler ve kurallar ayırımını değerlendireceğiz. Biz bu itirazı yukarıda detaylıca ortaya koyduk. İtirazı burada bu defa Alexy'nin kendi ifadesiyle ortaya koyalım. Bu itiraza göre mutlak haklar⁸⁹³ hiçbir davada başka bir hak tarafından önlenemeyecek haktır. Mutlak hakların kabulü durumunda, kendi deyimiyle, Alexy'nin ilkeler tanımını değiştirmesi gerekecektir⁸⁹⁴. Böyle bir durumda hakkın uygulanmasında hiçbir sınırlama söz konusu olamayacaktır. Yalnızca olgusal imkanın sınırları olacaktır ve bu durumda yarışan ilkeler teorisi de uygulanamayacaktır⁸⁹⁵. Dolayısıyla Alexy, ilkeler teorisiyle mutlak hakların varlığının uyuşmadığını bizzat kendi ortaya koyar. Bu da mutlak hakların varlığının yazarın ilkeler teorisine bir darbe vuracağını gösterir.

Alexy bu eleştiriye kolayca çürütebileceği iddiasındadır. Şöyle ki ilkeler ya kolektif ya da bireysel menfaatlere ilişkindir. Eğer kolektif menfaatlere dair ilke mutlak olarak kabul edilirse anayasal haklar onu sınırlayamayacaktır. Dolayısıyla mutlak ilkeler oldukça anayasal haklar da yok demektir⁸⁹⁶. Dolayısıyla Alexy esasen kolektif menfaatleri anayasal haklarla birebir aynı nitelikte değerlendirdiği için anayasal hakların mutlak olamayacağını kabul etmektedir. Kolektif menfaat mutlak olarak kabul edildiğinde anayasal hakkın karşısında üstün konuma geçecektir ve çatışmada kazanan o olacaktır. Ancak biz Alexy'nin açıklamalarına katılmıyoruz. Alexy doğrudan kendi

⁸⁹¹ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 115. AİHM de mutlak bir hak ile nisbi bir hak arasındaki çatışmada tartım ve dengelemeye başvurmaz. Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 26. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 116.

⁸⁹² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 62.

⁸⁹³ Alexy kendi kabulüyle “ilke” dese de, biz onun yerine “hak” demeyi daha uygun görüyoruz.

⁸⁹⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 62.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ *Ibid.*

kabulünden yani “mutlak *ilkeler*”den yola çıkarsa da iddia edilen “mutlak *haklar*”ın varlığıdır. Dolayısıyla öne sürülen bir *anayasal hakkın* mutlak olarak korunabileceği görüşüdür, bir *kolektif menfaatin* değil. Öyleyse ilkelerin kolektif menfaatleri de içerdiği görüşünden yola çıkarak eleştirilere itiraz etmek yerinde değildir. Kolektif menfaatler meselesini bırakıp yeniden (bireysel) anayasal hak meselesine geçelim.

Alexy’ye göre mutlak ilkeler karşısında duran anayasal haklar olmasına rağmen sınırlanamayacağı için ya anayasal haklarla bağdaşmazdır ya da yalnızca bir kişinin yararını sağlayan anayasal hakların olduğu yerde uygulanır⁸⁹⁷. Alexy burada bir kişinin yararı derken mutlak hakka sahip olan kişi bu durumdan faydalanırken, bunun karşısında yer alan hak sahibinin zarara uğraması noktasındaki zıtlığa dikkat çekmektedir. Biz Alexy’nin mutlak hakların yarattığını ima ettiği bu sonuçta bir sakınca görmüyoruz. Anayasal hakkı (herhangi bir çatışmada) kişi bazında değil hak bazında düşünmek gerekir. Bir hak mutlak korumadan yararlanacaksa, şartları oluştuğunda *herkes* için koruma sağlayacaktır. Kaldı ki mutlak hakkın karşısında gerçekleştirilemeyecek diğer bir mutlak hakkın mevcut olduğu bir çatışma meydana gelecekse, bu çatışmanın varlığını inkar etmek yerine hukuk sistemindeki bu ihtimalin ve koşullarının üzerinde durmak daha yerinde olacaktır.

Peki, Alexy’ye göre mutlakmış izlenimi veren “insan onuru dokunulmazdır” diyen Alman Anayasasının 1’inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, bu anlamda nasıl konumlandırılabilir?⁸⁹⁸ Burada Alexy’nin imdadına anayasal hakların çift yönü görüşü yetişir (!). Yazara göre öncelikle, insan onuru normu bir yandan kural, öte yandan (kısmi olarak) ilke olarak kullanılır. İkinci olarak, insan onuru ilkesi için çok geniş bir öncelik koşulları kümesi ve gerçekleştirildiklerinde diğer rakip ilkelerin önüne geçtiğine dair güçlü bir kesinlik derecesi vardır. Kurallarca korunan alanlar bu tür koşullarla tanımlanmış alanlardır ki FAYM buna “özel otonominin mutlak olarak korunan çekirdek alanı” (*Kernbereich*) demektedir⁸⁹⁹.

Alexy’ye göre kural olarak insan onurundan bahsettiğimizde onun ihlal edilip edilmediği kolayca anlaşılabilir. Bu anlamda yazar Federal Anayasa Mahkemesinin şu

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ BVerfGE, 34, 228 (245) (*Tonband*).

yorumunu yerinde bulmaktadır. “Anayasa m. 1’de yer alan insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi dikkate alındığında ... her şey hangi koşullar altında insan onurunun ihlal edilebileceği koşulları belirlemeye bağlıdır. Açıktır ki bu genel olarak söylenemez, ancak somut durum ışığında söylenebilir”⁹⁰⁰. Yazar, Anayasa Mahkemesinin “aşağılayıcı muamele”⁹⁰¹ kavramına başvurarak ihlal koşullarını belirlemeye dair kendisi için geniş bir takdir yetkisine kapı açtığına dikkat çekmektedir. Bu koşulların belirlenmesinde ise dengeleme ihtimali her zaman söz konusu olacaktır⁹⁰². Ona göre Mahkeme, “yargı denetiminin dışlanması, insana saygı duyulmaması veya değerinin düşürülmesi amacıyla değil, demokratik düzeni ve devletin varlığını korumak için belirli önlemlerin gizliliğini sürdürme zorunluluğundan kaynaklanıyorsa”⁹⁰³ insan onuru ihlal edilmemiş kabul etmesiyle bu ihtimalin sinyalini vermektedir. Bu durumda insan onuru her ne kadar ilkeler düzeyinde öncelik sahibi ise de kurallar düzeyinde ihlal edilebilir⁹⁰⁴. Oysa bizce burada Mahkeme açıkça insana saygı duyulmaması veya değerinin düşürülmesi hallerini yani insan onuruna dokunulmasını müdahale edilecek alandan dışlamıştır.

Alexy’ye göre yine FAYM’nin belli koşullar altında ömür boyu hapis cezasının insan onurunu ihlal etmediğini söylemesi⁹⁰⁵, “medeni topluluk”un korunması koşullarının insan onurunun korunmasını öncelemiş olması bu dengelemeyi göstermektedir. Yazar buradan yola çıkarak ilke ve kural olarak iki insan onuru normunun varlığını kabul etmektedir. Kural olan insan onurunun içeriğini, insan onuru ilkesi ile diğer ilkeler arasındaki ilişki belirleyecektir. İnsan onuruna belli koşullarda öncelik tanınması onu mutlak bir ilke haline getirmez. Zira bu ilke farklı derecelerde gerçekleşebilir. Yazara göre hakkın özüne dair teori diğer anayasal haklar için de söz konusudur ki bu durum anayasal hakların ilke niteliklerini değiştirmez⁹⁰⁶.

Biz Alexy’nin bu argümanlarına da katılmıyoruz. Öncelikle insan onuru normunun bir yandan kural, öte yandan ilke yönüne sahip olduğunu göstermesi Alexy’nin

⁹⁰⁰ BVerfGE, 30, 1 (25) (*Abhörurteil*).

⁹⁰¹ BVerfGE, 30, 1 (26). Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 63.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ BVerfGE, 30, 1(27).

⁹⁰⁴ *Ibid.*, 64.

⁹⁰⁵ BVerfGE, 45, 187 (242) (*Lebenslange Freiheitsstrafe*). Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 64.

⁹⁰⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 64.

ilkeler teorisinde tutarlılığını korumak (ve buna rağmen süren belirsizliği gizlemek) adına ne kadar dirayetli olduğunu göstermektedir. İnsan onurunun mutlak yönünü kabul etmektense bunu kural olarak nitelemek için kullanması bizde bu düşüncüyü yaratmaktadır. Oysa Alexy'nin “kural olarak insan onuru normu” diye adlandırdığı şey tam da mutlak olarak korunan hakkın kendisidir. Sorun, insan onurunun kapsamına neyin girdiği yorumlanırken ortaya çıkmaktadır. Oder'in görüşlerine yer verirken yaptığımız açıklamayı kısmen tekrarlamak isteriz. En net görünen kavramın bile kapsamının yorumlanması yani somutlaştırılması gerekebilir. Bu durum söz konusu normu mutlak olarak korunur olmaktan çıkarmaz.

Neyin işkence ve aşağılayıcı muamele olduğu sorusu hiçbir zaman kesin olarak cevaplanamaz⁹⁰⁷. Sözleşme'nin imzalandığı (veya Anayasanın kabul edildiği) dönemde işkence ve aşağılayıcı muamele yasağı kapsamında değerlendirilemeyecek bir muamele, toplumsal değişimin etkisiyle yıllar sonra yorum aracılığıyla bu tür bir muamele olarak kabul edilebilir⁹⁰⁸. Bu değişim insan haklarının ve anayasal hakların korunmasını gerektiren dinamik yorumun bir gereğidir. Alexy'nin örnek olarak verdiği olay “aşağılayıcı muamele”nin ne olduğu, daha doğrusu hangi muamelelerin bu kapsama girdiğinin, yoruma, hakimin değerlendirmesine ve hatta günün şartlarına – o dönemdeki anayasal düzende insan haklarının gelişimine- bağlı olabileceğini gösterir. Üstelik bu bağlılık Alexy'nin iddia ettiği gibi bir “karşı sebep” nedeniyle olmak zorunda değildir. Bir eylem aşağılayıcı muamele olarak kabul edildi mi artık mutlak olarak yasaktır. “Günün şartları” ifadesini kullanmış olmamız bizim sağlam olmayan, kaygan bir zeminde hareket ettiğimizi düşündürtebilir. Ancak aksine bu gerçeğe yüzleşmemek, “ayakların altından kayan bir zemini” fark etmemeye ve gereken refleksi göstermemeye yol açacaktır.

Kabul etmeliyiz ki metnin ve pek tabii hukuki metnin anlamı her zaman değişir. Özellikle de modern devletlerde teknoloji ve bilim hızla ilerlerken, hukukun ve hakların hantal bir şekilde kalması kabul edilemez. Öyleyse ister istemez bir hakkın daha önce

⁹⁰⁷ Gerhard van der Schyff, “Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation”, içinde *Shaping rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, ed. Eva Brems, ve Janneke Gerards (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), 67-68.

⁹⁰⁸ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 115.

“var olduğu” ve “belirli olduğu” iddia edilen sınırları genişleyerek yön değiştirecektir. Buna, yorumun yalnızca belirli durumlara özgü olduğunu kabul eden görüşlerin aksine metnin anlamının her zaman kapalı olduğunu savunan⁹⁰⁹ Ertuğrul Uzun’un “Hukuk Metodolojisinin Sorunları” kitabından bir örnek verelim. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükteyken hırsızlık suçuna konu “taşınır mal”ın elektrik enerjisini kapsayıp kapsamadığı açık değildi. Mahkemelerce elektrik enerjisinin de taşınır mal kabul edileceğine karar verildiğinde anlam açık hale geldi. Ancak ne zaman ki “bir başkasının telefon hattına usulsüz bir şekilde ek hat çekmek suretiyle aboneliği olmadığı hattı kullanan kişi aleyhine dava açıldı”, “taşınır mal” anlam olarak “açıklığını” yitirdi ve yeniden kapalı hale geldi⁹¹⁰. Bu yorumlar hırsızlık suçuna yol açacak taşınır malın ne olduğu sorusuna ilişkindir; ancak hırsızlığın 765 sayılı TCK tarafından *mutlak surette yasaklanıp yasaklanmadığı* sorusunu gündeme getirmemiştir. Anlatmak istediğimiz fark işte buradadır. Bunun yorum meselesi ile doğrudan bağlantısı vardır. “Bir hukuk kuralının anlamı, hukuk kuralını oluşturan kelimelerden çok daha fazlasıdır”⁹¹¹. Bu anlamı bulmak yorumun kendisidir⁹¹².

Bu başlık altında Alexy’nin ilkeler teorisinin zorunlu olarak dengelemeye yol açtığı görüşünü, mutlak hakların varlığı ile çürütmeye çalıştık. Bu ikisi arasında varlığı kabul edilen zorunlu bağlantıya itiraz yalnızca mutlak haklar açısından yöneltilmemektedir. Bunun dışında da sorunlu gördüğümüz noktalar vardır. Bunları bir sonraki başlığımızda açıklayacağız.

(4) İlkeler ve Kurallar Ayrımı ile Dengeleme Arasındaki İlişki

İlkelerin *prima facie* hak olarak, koşullara bağlı şekilde uygulandığını ve tek başına nasıl uygulanacağı hakkında fikir vermediğini söylemiştik. Alexy’nin teorisi bizi, ilkeler söz konusu olduğunda zorunlu olarak dengelemeye götürür⁹¹³. Alexy ilkeler ile dengeleme arasında adeta sebep sonuç ilişkisi görür. Ancak yazarın iddia ettiği gibi

⁹⁰⁹ Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (İstanbul: Nora, 2016), 24.

⁹¹⁰ *Ibid.*, 25.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² Anayasal hakların yorumu (somutlaşması) konusu, sadece burada değinip geçeceğimiz bir konu değildir. Bu meseleyle “dengeleme”yi değerlendirirken yeniden karşılaşacağız. Yorum konusu bir yana, hakkın kapsamının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için söylersek; sözleşmenin değiştirilmesi veya AİHM’nin otantik yorumu ile anayasal düzenler için söylersek; Anayasanın değiştirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin otantik yorumu ile değiştirilmesine dair bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 159-163.

⁹¹³ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 466.

dengeleme ile ilkeler arasında mantıksal ve gerekli bir bağ yoktur⁹¹⁴. Kural ile ilke ayırımına bir diğer itirazı da bu noktada yöneltebiliriz.

Alexy'nin, ilkeleri (optimizasyon gereklilikleri olarak), karşı ilkenin konumuna göre tam veya kısmen gerçekleştirilebilecek hak olarak niteleyip, sonra da ilkelerin tam veya kısmen gerçekleştirilebilecek haklar olarak dengelemeyi gerektirdiği görüşü bize totolojiyi anımsatır. Yazar adeta bir nitelikten bir sonuca, aynı sonuçtan da bu niteliğe çıkar. Ne demek istediğimizi ayrıntılandıralım.

Alexy, karşı karşıya olanlar ilke ise bunlar yarışır, der. İlkeler yarışıyor bunlar dengelenir ve ikisi de hukuki ve olgusal olarak olabildiğince gerçekleştirilmeye çalışılır. Peki, bir normun ilke olduğunu nasıl anlarız diye sorduğumuzda Alexy, eğer hak, karşısındaki ilkeden dolayı tek başına gerçekleştirilemiyor ve dengelenmesi gerekiyorsa ilkedir, diye yanıtlar. O halde Alexy bize, ilke nedir⁹¹⁵ sorusunun yanıtını açıkçası net şekilde vermez. Aksine ilkeleri dengeleme gerekliliği, dengeleme gerekliliğini ise ilkelerin tanımına dayanarak açıklar. Dolayısıyla Alexy bizi totolojiye götürüyor derken kastettiğimiz budur.

İlkeleri bir kenara bırakıp kural normlardan yola çıkalım. Alexy bize kuralların kesin emirler olduğunu söyler. Bir başka deyişle, karşısındaki norm geçersizken, kendi geçerli olan ve doğrudan sonuca götürecek normlardır. Eğer bir uyumsuzlukta kurallar söz konusuysa yani kurallar çatışıyor ve biri diğerinin istisnası değilse, o halde biri diğerini geçersiz kılar (biri diğerinden üst hiyerarşidedir veya biri diğerinden özel normdur⁹¹⁶) ve ortada geriye bir kural kalır. Geçersiz kural sistemde kalmazken ilkeler kalmaya devam eder.

Kurallar çatışması ve ilkeler yarışmasını ele alan, dolayısıyla çatışma çözüm yöntemini açıkça veya örtülü olarak kullanan mahkemelerdir. Örneğin Alexy'nin kural çatışmasına örnek olarak verdiği, çalışma saatlerine ilişkin yargılamada, Mahkeme zaten iki normdan birinin geçersiz olduğunu bilmektedir. Bunun için bunu, mutlaka kurallar

⁹¹⁴ *Ibid.*, 459.

⁹¹⁵ Alexy'nin "kurallar nedir" ve "ilkeler nedir" sorusunu yanıtlamadan, ilkeler ve kurallar arasında eksik bir ayırım yaptığı yönünde Siqueria, "Far Beyond from Norms, Distinguishing Rules and Principles", 201.

⁹¹⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 49.

çatışması olarak adlandırmasına gerek yoktur. Nitekim Alexy de yukarıda belirttiğimiz gibi teorisini FAYM içtihatlarına bakarak inşa etmiştir.

Söz konusu *ayrım* kuralların çatışması veya ilkelerin yarışmasında karar verecek olan hakime, bu konuda yardımcı olacak bir kriter sunamaz. Hakim zaten sonuca göre, yani dengeleme yapıp yapamadığına göre veya normları birbiriyle ilişkili olarak yorumlayarak çatışan iki normdan birisi geçersiz ise hangisinin geçersiz olduğuna bakarak karar verecektir. Buradan anladığımız *a priori* olarak bir normun ilke mi kural mı olduğuna kanaat getirilemeyecektir. Bizce hakimin gerekçelendirmesinden sonra ortaya çıkan norm türünün ise bu uyumsuzluğu çözmeye artık katkısı yoktur.

(5) *Değerlendirme*

Birçok noktada itiraz ettiğimiz halde, Alexy'nin görüşlerine çalışmamızda haddinden fazla yer verdiğimiz düşünülebilir. Bizim asıl amacımız gerek yazarın görüşleri gerekse de karşı görüşler ile beraber, esasen anayasal hakların yapısını ortaya koymaktı. Nitekim Alexy'nin teorisine yöneltilen eleştiriler de, bu teorinin hakların yapısına ve doğasına dair belirsiz veya eksik analizlerinden yola çıkmıştır⁹¹⁷. Federal Anayasa Mahkemesinin içtihadını dikkate alması ve bizim de bu içtihadı değerlendirirken aynı sorunlarla karşılaşacağımız hususu ise yazarın görüşlerine bu kadar ağırlık vermemizdeki bir başka etkidir.

Eleştirilerimiz Alexy'nin teorisini değersiz kılmamaktadır. Aksine Alexy, ilkelerin özellikleri ile aslında çoğu anayasal hakkın genel yapısını ortaya koymaktadır ve gerçekten de iki anayasal hakkın da kısmen gerçekleştirilmesini gerektiren çatışma durumları vardır. Kurallar çatışmasında da yazar bir başka gerçekliği ortaya koymaktadır. Yazarın kurallar çatışmasına örnek olarak anayasal hakların çatışmasını vermemesi tesadüfi değildir. Biz çalışmamızın ilk kısmında “klasik norm çatışma kurallarının neden çalışmamızın konusu olan temel hak çatışmalarında işe yaramayacağı” sorusunu kural ve ilke ayrımı olmaksızın, ancak mutlaka anayasal hak normlarının yapısını göz önünde tutarak yanıtlamıştık.

⁹¹⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 25.

Alexy ilkelerin yapısını ortaya koyduktan sonra, bunu dengeleme ilkesine bağlamakta ve çalışmamızın devamında göreceğimiz tartım yasasını oluşturmaktadır. Alexy'nin formülleştiirdiği tartım yasası anayasal hak çatışmalarının çözümünde önemli bir role sahiptir. Tartım yasasının dayanağı da iki anayasal hakkı olabildiğince gerçekleştirme amacıdır. Dolayısıyla Alexy'nin kurallar ve ilkeler ayırımını kabul etmezsek de, yazarın kabul etmediğini ileri sürerek elediği birçok kriterin karşıladığı gibi anayasal hak normlarının sahip olduğu özellikler ve bunun getirdiği sonuçlar vardır. Dengeleme de bu sonuçlardan biridir ve bunun için Alexy, başvuracağımız önemli bir kaynaktır.

Anayasal hakların yapısını anlamak, anayasal hak çatışmalarının yapısını anlamamızı sağlayacaktır. Anayasal hak normlarını kurallar ve ilkeler olarak ayırıp da onları ilke olarak kabul etmediğimizi yukarıda açıkladık. Dolayısıyla anayasal hakların çatışmasını da ilkelerin yarışması olarak görmüyoruz. Onun yerine anayasal hak normlarını, devlete yükümlülük yükleyen kurallar olarak görüyoruz. Bu ifade tek başına bizi anayasal hakların içeriğinin ve çatışmanın ne olduğu sorularının cevaplarına götürmeyecektir. Bu nedenle aşağıda, anayasal hakların yapısını deontik mantık açısından inceleyeceğiz. Bunları açıkladıktan sonra anayasal hak çatışmalarının yapısını ortaya koyacağız. Bunun için deontik mantığı da göz önünde tutarak normatif uyumsuzlukları ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz. Böylece anayasal hak çatışmalarının normatif çatışmalarla ilişkisini ve çatışmanın soyut olarak mı yoksa somut olarak mı değerlendirilebileceğini yanıtlayabileceğiz ve çatışmanın genel bir tipolojisini ortaya koyabileceğiz.

D. DEONTİK MANTIK AÇISINDAN ANAYASAL HAKLARIN YAPISI

Yukarıda hem anayasal hak normlarının genel özelliklerini açıklarken hem de kurallar ve ilkeler ayırımını tartışırken, anayasal hakların yapısını olabildiğince ortaya koyduk. Öncesinde ise anayasal hak çatışmaları ile anayasal hakların özel hukuka etkisi arasındaki ilişkiyi incelemiş ve orada anayasal hakların işlevini ve etkisini açıklamıştık. Bu başlık altında ise daha önce yürüttüğümüz bu açıklamaları da temel alarak anayasal hakların yapısını incelemeye devam edeceğiz. Dolayısıyla bahsettiğimiz açıklamalar ile

bu başlık altında yapacağımız açıklamalar bir arada okunmalı ve bu şekilde ortaya çıkan tabloya bir bütün olarak bakılarak anayasal hakların yapısı anlaşılmalıdır.

Bu başlık altında anayasal hakların yapısını dikkate alarak şu sorulara yanıt arayacağız. Anayasal haklar nasıl tanımlanabilir? Anayasal hak çatışmalarında çatışan nedir? Bu ikinci soruya cevap verebilmek için anayasal hakkı “ne” oluşturur⁹¹⁸ sorusunu yanıtlayacağız. Bu sorunun cevabı, anayasal hakların çatışmasında birbirlerinin karşısında duran ve diğeri pahasına gerçekleşmesi beklenen hakkın nasıl tanımlandığını, içeriğinin nasıl açıklandığını bilmek açısından önemlidir. Burada hakkın yapısı ile hakkı neyin oluşturduğu soruları iç içe geçmiştir.

Anayasal hakların yapısı ve niteliği bağlamında kurallar ve ilkeler ayrımını ele aldığımızda, anayasal hakları Alexy ve Dworkin gibi ilkeler olarak değerlendirmedığımızı belirtmiş ve bunun sebeplerini açıklamıştık. Bununla bağlantılı olarak, biz de Zucca gibi, anayasal hakları ilke ve anayasal hak çatışmalarını da ilkelerin yarışması olarak ele almayı reddedip kurallar olarak değerlendiriyoruz⁹¹⁹. Netice itibarıyla anayasal haklar, önemi ve ağırlıkları değerlendirilecek ilkeler olarak değil de, (izin verici) kurallar olarak sabitlendiğinde daha iyi korunacaktır⁹²⁰.

Aşağıda “izin verici kurallar” ifadesinin ne demek olduğunu ayrıntılarıyla ortaya koyacağız. Ancak hemen burada bu ifadenin de tek başına anayasal hakları tanımlamak için yetmediğini ve çatışmanın yapısını anlamak için anayasal haklar ile ödevler arasındaki ilişkinin ortaya konmasının önemli olduğunu söyleyebiliriz. İşte bu nedenle anayasal hakların yapısını deontik mantık açısından incelemeyi uygun görüyoruz. O halde öncelikle deontik mantığa dair bilgiler verelim.

1. Deontik Mantık

Hukuk teorisinde, literatürün çoğunluğu hukuk normları arasındaki uyumsuzlukları ve çatışmaları deontik mantığa dayanarak ele alır⁹²¹. Bu nedenle anayasal hakların yapısını deontik mantık açısından ele almak, çatışmanın yapısını daha iyi anlamak için faydalı olacaktır. Deontik mantık kavramını bu başlık altında, deontik

⁹¹⁸ *Ibid.*, 55.

⁹¹⁹ *Ibid.*, 6.

⁹²⁰ *Ibid.*, 25.

⁹²¹ Canyaş, “Norm Çatışması”, 131, 132.

mantığın anayasal hak çatışmalarına uygulanmasını ise anayasal hak çatışmalarının yapısını ele alırken ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Deontik mantığı anlamak için öncelikle hukuk normunun⁹²² “normatif önerme” olma yönünü tanımlamamız gerekir. Kelsen’e göre “norm, birinin belirli bir şekilde davranması gerektiğini, kimsenin, o kişinin gerçekten o şekilde davranmasını ‘istediğini’ ima etmeden, ifade eden bir kuraldır”⁹²³. Önerme ise mantıkta doğruluk değeri alan ifade olarak tanımlanabilir⁹²⁴. “Olgusal dünyadaki karşılıklarına göre önermeler doğru veya yanlış değeri kazanırlar”⁹²⁵.

Normlar “doğru” veya “yanlış” değeri taşıyan önermeler değildirler⁹²⁶. Bir önermenin “doğru” veya “yanlış” olup olmadığı tartışılırken hukuk normu için bu tartışılmaz. Bunun yerine hukuk normları için “geçerlilik” veya “geçersizlik” tartışılır. Bu anlamda “doğru ile geçerlilik” ve “yanlış ile geçersizlik” arasında bir paralellik veya analogi kurulamaz⁹²⁷.

Normatiflik ise kısaca, “norm olma” özelliğine sahip olmak şeklinde tanımlanabilir⁹²⁸. Muhakkak beşeri iradenin ürünü olması gereken⁹²⁹ normun konusu da beşeri davranış olmak zorundadır⁹³⁰. Öyleyse norm “beşeri davranış hakkında ‘olması gereken’i bildiren bir normatif önerme” şeklinde tanımlanabilir⁹³¹. Peki, normlar doğru veya yanlış diyebileceğimiz önermeler değil iken, neden hukuk normunu normatif

⁹²² Norm ve normatiflik kavramları için bkz. Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 30-46. Norm ve hukuk normu kavramlarının ayrıntıları bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 5 vd.; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, 9-14.

⁹²³ Kelsen, *General Theory of Law and State*, 35.

⁹²⁴ Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık* (Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 1984), 105; Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 30. Ancak ifadelerin önerme olarak kabul edilmesi için belli bir anlamı taşıması gerekir. Örneğin “Aşk yuvarlaktır” ifadesi anlamdan yoksun olduğu için önerme olarak kabul edilemez. Örneği Cemal Yıldırım, *Mantık: Doğru Düşünme Yöntemi*, Ankara, V Yayınları, 1987, s. 18’ten aktaran Gözler, Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 30.

⁹²⁵ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 8.

⁹²⁶ Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, çev. Peter Heath (Dordrecht ve Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), 115.

⁹²⁷ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, 115. Aynı yönde Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 33; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.74.

⁹²⁸ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 30

⁹²⁹ *Ibid.*, 39-42.

⁹³⁰ *Ibid.*, 35-39.

⁹³¹ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 7.

önerme olarak kabul ediyoruz⁹³². Bunun nedeni “klasik anlamda önermeler mantığından ayrı bir normlar arası mantık”ın varlığıdır⁹³³. Bu cevabı biraz daha açalım.

Günlük dilde “olması gerekmek” (*Sollen, ought to*) yalnızca bir emre tekabül ederken, hukuk normları için bu ifade izin verme ve yetkilendirmeyi de içerir⁹³⁴. Çok sayıdaki hukuki hüküm ve karmaşık hukuki kavram, yasak, yükümlülük ve izin olarak adlandırılan davranış normları kümesine indirgenebilir⁹³⁵. Dolayısıyla hukuk normundaki normatif dil, “yaptırma göreviyle, yani başkalarının davranışlarını etkilemek amacıyla kullanılır”⁹³⁶. Hukuki mantık, yani geleneksel olarak adlandırıldığı haliyle deontik mantık⁹³⁷ tam da budur.

Deontik mantık disiplini, akıl yürütmeye dayanır ve pratik akıl yürütme örneklerini formüleştiren⁹³⁸. Netice itibarıyla normlar mantık önermeleri olarak kabul edilmese dahi, kişilerin ya da hukuk uygulayıcılarının hukuki yükümlülüklerle dair akıl yürütmelerde önermelere başvurulur. Nitekim bir davranışa yönelik hukuki bir yükümlülüğün yahut bir iznin olduğu yönündeki bir tespit, tasviri olduğu için birer önermedir ve doğruluk/yanlışlık değeri taşır⁹³⁹. Bu değer ise ilgili hukuk sistemindeki normlara göre belirlenir⁹⁴⁰. Bu durumu şu şekilde de açıklayabiliriz: Bir (davranış) norm(u) (*norm of conduct*) iki kısımdan oluşur: Ödev, yasak veya izni ifade eden deontik operatör (*operator*) ile eylem veya ihmal şeklinde herhangi bir davranış⁹⁴¹ ki bu da açıklayıcı bir önermedir (*descriptive proposition*)⁹⁴².

⁹³² Soru için bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 10.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 42; Kelsen, *Pure Theory of Law*, 16-17.

⁹³⁵ Cf. J. Bentham, *Of Laws in General* (ed. H.L.A. Hart, 1970), at 93–109 and 153–183’den aktaran Eric Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory”, *The European Journal of International Law* 17, no.2 (2006): 407-408.

⁹³⁶ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 32.

⁹³⁷ Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’”, 408.

⁹³⁸ Ahmet Cevizci, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Paradigma, 2003), 214.

⁹³⁹ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi*, 9. “Basın hürdür” normundan yola çıkalım. Bu norm için doğruluk yanlışlık iddia edilemez. Ancak Mahkeme önüne gelen bir davada “sosyal medyada kamu düzenini bilgilendirmek için yapılan yayınlar hürdür” gerekçesiyle bir karar verdiğinde, gerekçeyi oluşturan bu önerme için doğruluk veya yanlışlık değeri söz konusudur.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, 9.

⁹⁴¹ Davranış için aynı yönde Kelsen, *Pure Theory of Law*, 15.

⁹⁴² Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’”, 408.

Yukarıdaki açıklamalarımızla beraber deontik mantık türünün izin, ödev ve yasak gibi normatif kavramlarla ilgilendiğini⁹⁴³ ortaya koymuş olduk. Deontik mantığa dayanan sınıflandırmalarda bu ayırım esas alınır ve hukuk normları emredici, yasaklayıcı, izin verici normlar olmak üzere üçe ayrılarak, norm çatışmaları bunlar arasındaki uyumsuzluklardan hareketle saptanır⁹⁴⁴. Anayasal haklar da bu sınıflandırmada izin verici kurallar olarak yerini alır.

Hakların izin verici kurallar olma hususunu özellikle değinmeden geçmememizin sebebi, böyle bir niteleme ile anayasal hakların hak sahibi açısından sağladığı korumayı vurgulamaktır. Nitekim çalışmamızın başlığını anayasal hakların çatışması olarak belirlememizin asıl sebebi de haklar üzerindeki bu vurguyu korumaktı. Ancak biz, anayasal hakların izin verici kurallar nitelemesini yeterli görmeyip, anayasal hakları, devlete yükümlülük yükleyen kurallar şeklinde tanımlamayı tercih edeceğiz. Hak çatışmalarını esasen devletin yükümlülüklerinin çatışması olarak kabul etmemizin sebebi de budur. Bu açıklamadan sonra, Zucca'nın ileri sürdüğü izin verici kurallar olarak anayasal hakların ne anlama geldiğini izah edebiliriz.

2. İzin Verici Kurallar Olarak Anayasal Haklar

Anayasal haklar izin verici kurallardır dedik. Bunu anlayabilmek için öncelikle izin verici kuralların tanımına bakalım. “İzin verici kurallar”, norm öznesine belirli bir davranışı icra etme veya icra etmektan kaçınma konusunda izin verir⁹⁴⁵. Buna göre pozitif ve negatif izinden bahsedilebilir. Bir şeyi yapma iznine karşılık gelen pozitif izin, (o davranışı yapmaya ilişkin) bir yasağın söz konusu olmaması halinde ortaya çıkar⁹⁴⁶. Bir

⁹⁴³ Jorgen Hansen, Gabriella Pigozzi, Leendert van der Torres, “Ten Philosophical Problems in Deontic Logic”, Dagstuhl Seminar Proceedings 07122 Normative Multi-agent Systems, <https://d-nb.info/991740920/34> (erişim tarihi: 9.11.2021), 1. Ayrıca Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 87.

⁹⁴⁴ Canyaş, “Norm Çatışması”, 131-132. Bu üçlü ayırımdan başka ayrımlar için bkz. *Ibid.* (dp. 51). Bu ayırma “yetki verici normları” ekleyen yazarlar da vardır. Hart’ın işaret ettiği “yetki verici normlar” (*power-conferring rules*) ise, kişilere amaçlarına ulaşmalarını sağlayacak yetkiler veren normlardır. Dolayısıyla “yetki verici normlar”, emredici ve yasaklayıcı normlar gibi normun öznesine herhangi bir ödev yüklemeler. Bunun yerine, hukukun cebri çerçevesi içerisinde ödev ve hak yaratma mekanizmaları oluştururlar. Hart, *The Concept of Law*, 27-28. Dikkat çeken Canyaş, “Norm Çatışması”, 132 (dp. 52).

⁹⁴⁵ Stephen Munzer, “Validity and Legal Conflicts”, *The Yale Law Journal* 82, no.6 (May 1973): 1141.

⁹⁴⁶ Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’”, 408. Ayrıca bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, 16.

şeyden kaçınmaya karşılık gelen negatif izin ise (o davranışa yapmaya ilişkin) bir ödevin yani emrin yokluğu halinde ortaya çıkar⁹⁴⁷.

Öyleyse anayasal hakların izin verici kurallar olması, bireyler için devletin negatif ve pozitif eylemini içeren, yani tipik olarak bireyin bir şeyi yapmasına veya bir şeyden kaçınmasına izin veren kurallar olması demektir⁹⁴⁸. Bunlar, anayasal izinlerce kapsanmış alan -özgürlük alanı- bağlamında açıklanabilecek anayasal statü yaratırlar⁹⁴⁹.

Anayasal izinlerin belirlediği bu anayasal statülerin kapsamı, bireylerin özgürlük alanına denk düşer. Anayasal statüler özgürlük ve yetki dağıtma işlevine sahiplerdir⁹⁵⁰. Bu anlamda anayasal haklar, kapsamlı şekilde izin veren anayasal kurallardır ve hak sahibinin dokunulmaz alanını yapılandırır⁹⁵¹.

Anayasal hakları izin verici kurallar olarak kabul etsek de bu konuda iki önemli serh düşmek istiyoruz. Birincisi tüm anayasal hakların izin verici kurallar olmadığına dairdir. Biz tüm temel hakların değil; ancak çoğunun⁹⁵² izin verici kurallar şeklinde anlaşılacağı kanaatindeyiz. İzin verici kurallar, kullanımı kişinin inisiyatifine bağlı kurallar demektir. Ancak mutlak olarak korunan kimi anayasal hakları dikkate aldığımızda, bazı hakların izin verici olmalarının ötesinde, mutlak bir dokunulmaz alan yarattığı anlaşılacaktır. Anayasamızdaki bazı anayasal hak maddelerinden yola çıkalım. Madde 22/1: “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.” Madde 25: “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir”. Bu maddelerde kişinin bir şey yapmaya dair izinlere sahip olduğunu görüyoruz. Madde 18: “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz.” 18’inci maddedeki gibi düzenlenen ifadelerin bir şeyden kaçınma izni verdiği görülür. Bu madde gereği kişi zorla

⁹⁴⁷ Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’”, 408. Ayrıca bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, 16.

⁹⁴⁸ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, xv, 53; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

⁹⁴⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 53; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

⁹⁵⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 48.

⁹⁵¹ *Ibid.*, 44; Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 733. Zucca’nın kullandığı “broad permissive rules”, “kapsamlı şekilde izin veren kurallar” olarak çevirmeyi uygun gördük. Anayasal hakların bu niteliğini kendi Anayasamızda da görebiliyoruz. Örneğin Anayasamızın 12’nci maddesine baktığımızda bu statünün ortaya konduğunu görürüz: “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Ancak bu şekilde açık belirtilmeseydi dahi, anayasal hak normları dikkate alınarak da bu sonuca varılabilirdi.

⁹⁵² Vurgu bize aittir. Zucca’ya atıfla temel hakların kapsamlı izinler olarak algılanacağını belirten Martinez-Zorrilla birçok hakkın böyle olduğunu belirtir. Buradan Zorrilla’nın da her anayasal hakkı böyle anlamadığı ortaya çıkmaktadır. Ancak bunun sebebini yazarın çalışmasında göremedik. Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 733.

çalıştırılmayacaktır⁹⁵³. Ancak söz konusu olan işkence yasağı olduğunda artık kişinin (sadece) bir şeyden kaçınma izninden değil, devletin mutlak olarak korunan bir alana dair yetkisizliğinden bahsediyoruz demektir. Burada kişinin inisiyatifine bırakılmayan bir alan vardır. Hakkın izin niteliğini kabul eden Mustafa Erdoğan'ın açıklamaları da görüşümüzü teyit eder niteliktedir. Hakkın özünün bir şeyi yapabilme yetkisi olduğunu belirten yazar⁹⁵⁴, bunun aynı zamanda zorunluluk değil, bir izin anlamı taşıdığını da belirtir. Ancak bu iznin anlamı, hak sahibinin, hakkından yararlanıp yararlanmama konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu ve hakkını kullanmaya zorlanamayacağıdır⁹⁵⁵. Yazarın kendi deyimiyile “hak-sahibi olmak, belli bir durumda onu kullanıp-kullanmamak bakımından bir takdir yetkisine sahip olmak demektir”⁹⁵⁶. Dolayısıyla bize göre anayasal haklar, mutlak olarak korunan haklar hariç kapsamlı şekilde izin veren kurallar olarak kabul edilebilir⁹⁵⁷.

Anayasal hakların izin verici kurallar olarak kabul edilmesine dair ikinci şerhimiz, “izin verici kurallar” ifadesinin anayasal hakları tanımlamak için eksik kaldığıdır. Haklar arasında çatışma ihtimalini artıran durum, anayasal hakların geniş şekilde izinler sağlayan kurallar olmasıdır⁹⁵⁸. Ancak bu ifade tek başına çatışmaları anlamamıza yetmez. Anayasal hak normlarının tanımlanabilir hak sahipleri ve atfedilebilir yükümlülük sahipleri vardır⁹⁵⁹. Bu ifade, anayasal hak çatışmalarının varlığı için çatışan hakların tanımlanabilir⁹⁶⁰ hak sahiplerinin olması gerektiği de dikkate alınınca özellikle önemli

⁹⁵³ Gerçi hak sahibinin rızası olduktan sonra çalışmanın “zorla” çalışmaktan çıktığı iddia edilebilir. Ancak bu yine de iddiamızı çürütmez. Örneğin, rıza halinde başka bir kavramla ifade edilebilecek bir “işkenceye uğrama hali”nden söz edilemez.

⁹⁵⁴ Erdoğan'ın tanımı, Türk hukuk literatüründe genel olarak kabul edilen “hak” tanımı ile de uyusmaktadır. Genel kabul gören bu tanıma göre hak, “hukuk tarafından kişilere tanınan ve korunmasını istemek konusunda kişilerin yetkili kıldıkları çıkardır.” Birçok hak tanımına çalışmada yer vererek, nihayetinde genellediği bu tanımı bize veren bkz. Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi* (İstanbul: 12 Levha 2015), 5. Örneğin Gözler de hakkı “kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaatleri” olarak tanımlamıştır. Gözler, *Hukuka Giriş*, 396.

⁹⁵⁵ Mustafa Erdoğan, “İnsan Hakları Öğretisine Giriş”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 11, (1993): 25. Yazar hakkın unsurları olarak “yetki”, “talep” ve “tanınma, saygı gösterilme” unsurlarını sayar. Erdoğan, “İnsan Hakları Öğretisine Giriş”, 25.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, 26.

⁹⁵⁷ Gerçi anayasal hakları kapsamlı izin veren kurallar olarak kabul eden Zucca, hakkın mutlak olmasından değil, ancak mutlak ve vazgeçilmez olanın anayasal statü olduğundan bahseder. Yazara göre, anayasal hakkın gücü de kapsamı da bu anayasal statüye bağlıdır. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 61. Ancak biz mutlak olarak korunan anayasal hakların varlığını kabul ederek, aslında bu görüşü benimsemediğimizi gösterdik.

⁹⁵⁸ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 44.

⁹⁵⁹ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

⁹⁶⁰ Bkz. Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 53, 55.

hale gelir. Anayasal haklar tarafından düzenlenen yasaklar ile ödevleri ve ödevler ile haklar arasındaki bağlantıyı anlayabilirsek, anayasal hakların nasıl çatıştığını da anlayabiliriz⁹⁶¹.

Biz anayasal hakların izin verici özelliklerinden öte, anayasal hak normlarının ödevlerle ilişkisinin, çatışan hakların sahipleri olan iki taraf ile devletin oluşturduğu üç kutuplu⁹⁶² anayasal hak çatışmasına daha iyi ışık tutacağı kanaatindeyiz. Zira anayasal hak çatışmalarında bireyin sorumluluğundan öte, Devletin sorumluluğuna odaklanılması gerekir. Keza çalışmamızda “Anayasal hakların özel hukuka etkisi” başlığı altında anayasal hakların hem negatif yönlerini hem de pozitif yükümlülük gerektiren yönünü ayrıntılarıyla açıklamıştık. Pozitif yükümlülük teorisini açıklarken devletin bu konuda asıl yükümlülük sahibi olduğunu ortaya koymuştuk. Ve hatta anayasal hak çatışmalarının özellikle devletin pozitif yükümlülüğünün gelişmesine bağlı olduğunu da ifade etmiştik⁹⁶³. Yeniden derin bir tartışmaya gerek olmaksızın, bu açıklamaları yukarıda ayrıntılarıyla ele aldığımız koruma yükümlülüğü teorisi ve devletin sağlamak zorunda olduğu pozitif yükümlülükleri bağlamında okuyabiliriz. O halde, anayasal hakların çatışmasında çatışanın pozitif yükümlülükler olduğunu söyleyebilir miyiz?

Anayasal hakların çatışmasını, devletin pozitif yükümlülüğü ile doğrudan ele alan yazarların bu soruya yanıtı “evet”tir. Çalışmamızda daha önce de değindiğimiz gibi örneğin, Ducoulombier’e göre, anayasal hakların çatışması gerçekte devletin ödevlerinin çelişmesidir⁹⁶⁴. Yine Heissl anayasal ödevlerin çarpışması kavramının uygunluğunu savunur⁹⁶⁵. Besson da, Jeremy Waldron’dan⁹⁶⁶ yola çıkarak haklardan kaynaklanan belirli ödevlere yönelir ve çatışmaları anlamının en iyi yolunun, konuyu insan haklarının gerektirdiği ödevlerin çatışması olarak ele almaktan geçtiğini savunur⁹⁶⁷. Zucca’ya göre

⁹⁶¹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 53.

⁹⁶² Aynı yönde bkz. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 153.

⁹⁶³ Temelini devletin bireye karşı ödevlerinde bulan insan hakları söylemi de, hakların hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri kapsadığı fikrini destekler. Mavronicaola, “What is an ‘Absolute right’?”, 730. Ayrıca bkz. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 45. De Schutter ve Tulkens’in aktardığına göre, pozitif yükümlülüklerin dayatılması ile hak çatışmaları arasındaki bağlantı AİHM tarafından da birçok kararda kabul edilmiştir. Olivier De Schutter ve Françoise Tulkens, “Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution”, içinde *Conflicting between Fundamental Rights*. Ed. Eva Brems. Intersentia, 2008, 5, <https://ssrn.com/abstract=2446909>.

⁹⁶⁴ Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 221 (dp. 26).

⁹⁶⁵ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 27.

⁹⁶⁶ Waldron, “Rights in Conflict”.

⁹⁶⁷ Besson, “ECtHR’s Approach to Conflicts of Rights”, 28.

anayasal hakların bireylere ödev sahibinden ödevini yerine getirmesini isteme iznini vermesi pozitifdir. Bu nedenle çatışmalar genelde ödevler olarak görünür⁹⁶⁸. Biz de anayasal hak çatışmalarını değindiğimiz bu yazarlar gibi ele aldığımızı, tanım kısmında açıklamıştık.

Açıkladığımız sebeplerden ötürü tekrar belirtelim ki biz anayasal hakların izin verici kurallar olmasından çok, bu kuralların muhatabına (çoğunlukla devlet) atfedilebilir ödevlerine/yükümlülüklerine odaklanacağız. Literatürde çoğunlukla birbirine simetrik olarak kabul edilen “hak” ve “ödev” kavramları⁹⁶⁹ hakların yapısını, bununla bağlantılı olarak da tek başına izin verici kurallar ifadesi de anayasal hakların yapısını açıklamaya yetmemektedir. Bu nedenle hak kavramını biraz daha derinlemesine incelememiz gerektiğini düşünüyoruz.

“Hak” kavramının hukuk literatüründe “talep”, “iddia”, “izinli olma durumu”, “yetki” gibi farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılması, bu kadar farklı terim arasında ayırım yapmayı zorlaştırmaktadır⁹⁷⁰. Hakkı tanımlamak esasen “bir hakka sahip olmak ne demektir?” sorusunu yanıtlamaktır⁹⁷¹. Bu sorunun yanıtı için hak kavramının yapısı ve fonksiyonu açısından iki aşamalı bir inceleme gerekmektedir⁹⁷². Hakkın yapısal açıdan incelenmesi, hak kavramının bir indirgeme ve mantıksal nitelendirme yapılarak onu meydana getiren kurucu bileşenlerin ortaya çıkarılmasıdır. Bu incelemeyle ödev, yetki, izin ve serbestlik gibi hak kavramını çağrıştıran kavramların hak ile ilişkisi de ortaya konmuş olacaktır⁹⁷³. Belli bir kişiye karşı sahip olunan “şeyler” olarak belirtilebilecek bu kavramlar, betimledikleri hukuki ilişkide karşı taraf için neyi öngördüklerine göre birbirinden ayrılır⁹⁷⁴. Hakkın yapısal analizini Anglo-Sakson hukuk felsefesinde kurucu bir etki yaratan Wesley Newcomb Hohfeld’in geliştirdiği yaklaşımına⁹⁷⁵ dayanarak

⁹⁶⁸ Bkz. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 42.

⁹⁶⁹ “ ‘Hak’ ile ‘ödev’ simetrik kavramlardır”. Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 21. Ayrıca Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 76. Bu ifadeyi aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağız.

⁹⁷⁰ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 4. ABD Yüksek Mahkemesinin da hakkı birçok anlama gelecek şekilde kullandığı ve hak ile anayasal korumaya atf yapan diğer kavramların dikkatli bir şekilde tanımlanması gerektiğini belirten Allen Thomas O'Rourke, “Refuge from a Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law”, *South Carolina Law Review* 61, no. 1 (Fall 2009): 141-142.

⁹⁷¹ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 18, 21.

⁹⁷² *Ibid.*, 18-19.

⁹⁷³ *Ibid.*, 21.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, 42.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, 19; O'Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 144.

açıklayacağız. Böylece anayasal hakların yapısını anlamak için Hohfeld'in hukuki ilişkiler şemasından faydalanacağız.

3. Hohfeld'in Hukuki Haklar Analizinin Anayasal Haklara Uygulanması

Hohfeld'in çalışmaları, hak kavramının analizi konusunda adeta sıfır noktası veya hareket noktası olarak kabul edilir⁹⁷⁶. Yazarın 1913 yılında geliştirdiği, hukuki haklarla ilgili teorisini ortaya koyduğu *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (Yargısal Gerekçelemede Uygulanan Bazı Temel Hukuki Kavramlar) adlı çalışması⁹⁷⁷ "kanonik" kabul edilir⁹⁷⁸.

Yirmi birinci yüzyılda, Hohfeldçi analiz özel hukuk biliminde yaygın olarak kullanılan teori haline gelse de, hukukçular genel olarak bu teorinin anayasa hukukunun kapsamı dışında kaldığını varsaymışlardır⁹⁷⁹. Ancak bu varsayım değişmeye başlamış ve anayasal konular da Hohfeld'in analizleriyle beraber çalışılmaya başlanmıştır⁹⁸⁰. Örneğin Thomas O'Rourke, Hohfeld'in analizini daha geniş ve etkili bir şekilde kullanarak anayasal hakların doğasını açığa kavuşturmak için bu teoriye başvurmuştur⁹⁸¹.

Hohfeld'in pür mantıksal gerektirme ve olumsuzlama ilişkilerini kullanarak ortaya koyduğu çerçeve "deontik mantık"a örnek teşkil eder⁹⁸². Bu nedenle biz de, Hohfeld'in teorisinin deontik mantık açısından anayasal hakların yapısını anlamak için kullanışlı ve değerli olabileceği görüşündeyiz. Şimdi yazarın görüşlerini açıklamaya geçebiliriz.

a. Hohfeld'in Hukuki İlişkiler Analizi

Hohfeld öncelikle hak ile ödev kavramlarının anlamlarında uzlaşımın olmadığını ve bunun karışık analizlere yol açtığını gözlemlemiştir⁹⁸³. Yazara göre bir hakka atf

⁹⁷⁶ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 23.

⁹⁷⁷ Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 23, no. 16 (1913): 15-59, <https://doi.org/10.2307/785533>.

⁹⁷⁸ O'Rourke, "Hohfeldian Analysis", 142, 144.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, 142. Bunun muhtemel sebepleri için bkz. *Ibid.*, 154.

⁹⁸⁰ Bu çalışmalar için bkz. *Ibid.*, 143 (dp. 9).

⁹⁸¹ *Ibid.*, 143.

⁹⁸² Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 98.

⁹⁸³ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, ed. Walter Wheeler Cook (New Haven: Yale University Press, 1923), 35 vd.; O'Rourke, "Hohfeldian Analysis of Constitutional Law", 144; Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 26.

yaparak bir noktada şu dört farklı terimi birleştiriyoruz: İddia (talep), güç, serbestlik (imtiyaz) ve bağışıklık⁹⁸⁴. Yazar bunu açıklığa kavuşturmak ve herhangi bir hukuki ilişkiyi tanımlamak için kullanılacak sekiz “temel” kavramdan söz eder: Talep (*claim*), ödev (*duty*), serbestlik (veya ayrıcalık) (*liberty* veya *privilege*), talep yokluğu (*no-claim*), yetki (*power*), tabi olma (sorumluluk) (*liability*), yetkisizlik (yetersizlik) (*disability*) ve bağışıklık (*immunity*)⁹⁸⁵. Hohfeld bu sekiz kavramı hukukun en küçük parçaları olarak değerlendirir.⁹⁸⁶

Bu sekiz kavram, Hohfeld’in “temel hukuki ilişkiler” tablosunda birbiriyle ilişkili (*correlate*) ve birbirine zıt (*opposite*) şekilde mantıksal olarak açıklanmıştır⁹⁸⁷. “Hukuki karşıtlıklar” (*jural opposites*) şöyledir: “Talep-talep yokluğu” (hak-hak yokluğu), “serbestlik-ödev”, “yetki-yetersizlik (ehliyetsizlik, yetersizlik)”, “bağışıklık-tabii olma”. Hukuki bağıntılar (*jural correlatives*) ise şöyledir: “Talep-ödev” (hak-ödev), “serbestlik-hak yokluğu”, “yetki-tabii olma”, “bağışıklık-yetkisizlik”⁹⁸⁸.

Hukuki bağıntılar birbirini gerektirir; yani bağlantılı çiftler bir arada bulunur. A ile B arasındaki ilişkide bu bağlantılı çiftlerden birine A sahipse B diğerine sahiptir⁹⁸⁹. Hukuki karşıtlıklar ise birbirini yadsıyan, yani olumsuzlayan konumlardır⁹⁹⁰. Hukuki karşıtlıklarda, hukuki bağıntılardan farklı olarak iki kişi arasındaki ilişki betimlenmemekte, ancak her kişiye ayrı ayrı odaklanılmaktadır. Karşıt olan iki kavram mantıksal olarak aynı anda, aynı kişi için mevcut olamaz. A’nın bir konuda talebi varken artık aynı konuda talep-yokluğunun olamaması gibi⁹⁹¹.

b. Hukuki İlişkiler Analizinin Anayasal Haklara Uygulanması

Birinci hukuki ilişkiye bakalım. “Hak ile ödev” bağlantılı olarak; “hak ve hak yokluğu” ise birbirinin zıttı olarak önerilmektedir. İki kişilik ilişkide, birinin sahip olduğu

⁹⁸⁴ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 36-37, 71. Bkz. O'Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 144; Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 52.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, 36-38.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, 63-65. Bu sekiz kavramın ayrıntılı açıklamaları için bkz. Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 52 vd.

⁹⁸⁷ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 36. Ayrıca bkz. O'Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 145.

⁹⁸⁸ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 36.

⁹⁸⁹ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 40. “Bağıntılı”/ “bağıntı” olarak çevirdiğimiz kavramı Beysan, “bağılaşık” olarak çevirmiştir. Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ *Ibid.*

hak diğzerinin ödevi olacaktır. Burada hak kelimesi “talep” kelimesi ile de değıştirilebilir. Çünkü Hohfeld, talebi, dar anlamda hak kavramı olarak kabul etmektedir⁹⁹². A ile B arasındaki bir sözleşmeden yola çıkalım. A, B’ye 10 dolar verme, B de bunun karşılığında A’ya çim biçme sözü vermektedir. Burada A’nın talebi (hakkı) B’nin ödeviyle bağlantılıdır⁹⁹³. Kısacası bir hak ile başka bir kişiye ödev yüklenerek bir hukuki pozisyon yaratılır⁹⁹⁴. Bu nedenle bir hakkın içeriğı, onunla bağlantılı olan ödevin içeriğı ile tanımlanır⁹⁹⁵. Taleplerin içeriğı çok değışken olabilir. Buna göre talepler ya X’in gerçekleşmesini engellememe ödevi şeklinde negatif ödev veya X’in gerçekleşmesini sağlayacak şekilde pozitif ödevler formunu yaratabilirler⁹⁹⁶.

İkinci hukuki ilişki, serbestlik⁹⁹⁷ ile ödev arasındaki karşıtlık ve hak yokluğu arasındaki bağlantıdır⁹⁹⁸. X’in, Y’nin arazi dışında kalmasına dair bir hakkı veya talebi varken, kendisinin araziye girme konusunda serbestliğı var demektir. Bu ilişkide X’in Y’ye karşı serbestliğı olduğu için Y’nin X’e karşı bir hakkı yoktur. Dolayısıyla X’in arazi dışında kalma ödevi yoktur. Araziye girme serbestliğinin olumsuzlaması arazi dışında kalma ödevidir⁹⁹⁹. Ödev ile serbestlik zıt ilişkilerdir¹⁰⁰⁰. Bir eylem konusunda bir icra ödevi yoksa eylemi icra etmeme serbestliğı de vardır¹⁰⁰¹. A ile B’nin ilişkisinde B’nin A’nın çimlerini sulama sözü vermediğini düşünürsek, bu konuda serbestliğı var demektir. B’nin çimleri sulamama serbestliğı, A’nın B’den bunu talep etmemesi (talep yokluğu) ile bağlantılıdır¹⁰⁰².

İfade özgürlüğü, ibadet özgürlüğü gibi anayasal hakların Hohfeld’in analizinden bakarsak “serbestlik”i içerdiği belirtilir¹⁰⁰³. Serbestlik savunma hakları olarak da

⁹⁹² Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 38; Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 56.

⁹⁹³ O’Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 145.

⁹⁹⁴ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 55.

⁹⁹⁵ Peter Jones, *Rights* (London, Macmillan, 1994), 16.

⁹⁹⁶ Alon Harel, “Theories of Rights”, içinde *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Martin P. Golding ve A. Edmundson William (Maden: Blackwell Publishing, 2005), 192.

⁹⁹⁷ Hohfeld aslında ayrıcalık/imtiyaz anlamına gelecek *privilege* kavramını kullansa da Beysan da (Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 59) Thomas O’Rourke de (O’Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 5 (dp. 23) serbestlik (*liberty*) kelimesinin anlam olarak daha uygun olduğu görüşündedirler.

⁹⁹⁸ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 38-39.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, 39.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, 38.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² O’Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 145.

¹⁰⁰³ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 66.

nitelendirilir; çünkü serbestliklere sıklıkla başkalarının müdahalelerine karşı korunmak için başvurulur¹⁰⁰⁴. Bizce Hohfeld'in "serbestlik" kavramına anayasal haklar için başvurmak ne doğrudur ne de gereklidir. Bu kavram daha ziyade henüz pozitif güvence altına alınmamış "özgürlükler" için uygulanabilir. Özgürlükler hukuk düzeni tarafından tanıdıktan sonra, artık haktan bahsetmek daha yerinde olacaktır. Anayasal haklar ise güvence altına alınmış özgürlükler¹⁰⁰⁵ olduğu için "serbestlik"e başvurmaya gerek yoktur.

Üçüncü hukuki ilişki, yetki (güç) ve tabi olma (sorumluluk) arasındaki ilişkidir. Bir hukuki ilişkide yetki sahibi olmak, hukuki ilişkiyi değiştirebilmek ve bunun neticesinde başka bir kişinin haklarında değişiklik yapabilmek demektir¹⁰⁰⁶. Hukuki yetki (-ebilirlik), hukuki yetkisizliğin (yapamama'nın-*disability*) karşıtını oluşturur¹⁰⁰⁷. Yani bir sorumluluğun altında olan, hukuki ilişkinin değişikliklerine uymak zorundadır. X'in, Y araziye girsin diye Y ile sözleşme yapma gücüne sahip olduğunu düşünelim. Y'nin görevi X için çalışmak. Bu örnekte X'in yetkisi Y'nin sorumluluğunu öncelemektedir.¹⁰⁰⁸ Y'nin yetkisinin karşılığında X, Y'nin bu yetkiyi kullanmasına tabidir¹⁰⁰⁹.

Son hukuki ilişki olan bağışıklık ile yetkisizlik/yetersizlik (yapamama) ilişkisine bakalım. Burada bağışıklık, tabi olmaya (*liability*) karşı bir zırh gibidir. Bir başka deyişle, hukuki ilişkilerdeki değişikliklere uymaya karşı bir zırh. X bağışıkça, hukuki yetki sahibinin herhangi bir değişiklik eyleminden etkilenmeyecektir¹⁰¹⁰. X'in bağışık olduğu konuda artık Y'nin bir yetkisizliği söz konusudur¹⁰¹¹. Dolayısıyla hukuki yetkinin karşıtı yetkisizlik ve bağlantılı olduğu kavram tabi olmadır¹⁰¹². Yetkiler, talepler veya serbestlikler ile bir arada da olabilir¹⁰¹³. Ancak hukuki bir yetkinin olmadığı durumda artık serbestliğin veya talebin varlığı tartışılmaz. Örneğin, kişinin oy vermeye yetkisi

¹⁰⁰⁴ Samuel Stalijar, *An Analysis of Rights*, London, Macmillan, 1984, s. 13'ten aktaran Jones, *Rights*, 18.

¹⁰⁰⁵ Burada daha fazla ayrıntıya girmek istemiyoruz. Anayasa hukuku bakımından özgürlük ile hak arasındaki ilişkiye çalışmamızda "Anayasal sınırlar" başlığı altında geniş bir yer verdik. Bu konuda oraya bakılabilir.

¹⁰⁰⁶ Harel, "Theories of Rights", 193.

¹⁰⁰⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 31.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, 31.

¹⁰⁰⁹ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 42.

¹⁰¹⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 31.

¹⁰¹¹ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 42.

¹⁰¹² Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 50.

¹⁰¹³ Jones, *Rights*, 23.

yoksa, bu anlamda serbest olup olmadığı veya diğer kişilerin oy vermeyi engellemek konusunda ödevlerinin bulunup bulunmadığı soruları ortaya çıkmaz¹⁰¹⁴.

Bağışıklık kavramı anayasa hukuku için en kullanışlı kavramdır¹⁰¹⁵. Anayasal haklar genellikle, yasama organının aksi halde sahip olacağı yetkilerden mahrum bırakan dokunulmazlıkları içerir¹⁰¹⁶. Örneğin Y, X ile ilişkilerini değiştirme gücüne sahiptir. Bu anlamda X sorumludur. Ancak belli davalarda, X bu değişikliklerden muaf olabilir. Bu dava anayasal hakkın bireyi devlete karşı nasıl koruduğunu da tasvir eder. X'in bağışıklığı burada Y'nin yetkisizliğini de gösterir¹⁰¹⁷.

İşte bizce anayasal hakların savunma işlemine karşılık gelen kavram bağışıklıktır. Zira bağışıklık, Devleti kişinin hakkına müdahale etme konusunda yetkisiz kılar. Anayasa maddelerinin belli yetkileri saymaması, bireylerin bağışıklıkları (dokunulmazlıklarla) ile bağlantılı hükümetin yetkisizliğini yaratır¹⁰¹⁸. Örneğin ABD Anayasası Birinci Değişiklik, Kongre'den belirli kanunlar yapmak konusundaki yetkiyi geri çeken kurallar sağlar. Özellikle Birinci Değişiklik'te Kongreye dair getirilen yetkisizlik ile bağlantılı olarak halka bağışıklık sağlanır. Uygulamada bu yetkisizlik, Kongre'nin belirli görevler (örneğin, konuşma yasağı) oluşturmasını engellediğinden, insanlar belirli özgürlüklerden (örneğin, çoğu şeyi söyleme özgürlüklerinden) yararlanırlar¹⁰¹⁹. Yine ABD Anayasası 13. Değişiklik birinci bölüme bakalım: “Birleşik Devletlerde veya Birleşik Devletler yetkisi altındaki yerlerde, hak ederek mahkûm edilmiş kişinin cezası karşılığı olma dışında, kölelik veya zorla çalıştırılma uygulanmayacaktır”¹⁰²⁰. Bu maddenin ifadesi her bireyi diğer bireyle ilişkilendiren bir birincil¹⁰²¹ kural oluşturur. Bu nedenle bu madde her bireye

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, 23-24.

¹⁰¹⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 31; Jones, *Rights*, 24.

¹⁰¹⁶ Harel, “Theories of Rights”, 193.

¹⁰¹⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 31. Aynı yönde Harel, “Theories of Rights”, 193. Turhan'ın şu ifadesi de yukarıdaki görüşü teyit eder niteliktedir: “Temel haklarla koruma altına alınan alan, bireyin egemen olduğu alandır... Bir başka deyişle, bireyin egemenlik alanı yasama organından bireye aktarılan iktidardır.” Turhan, “Hakların Çatışması”, 702.

¹⁰¹⁸ O'Rourke, “Hohfeldian Analysis”, 158. Ayrıntılar için bkz. *ibid.*, 159 vd.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, 159. İfade özgürlüğü çerçevesinde, anayasal hakların bireylere getirdiği yetki ve yasamayı zorunlu kıldığı tabii olma durumu için örnek veren bir diğer yazar Harel, “Theories of Rights”, 193. Ayrıca Russell Schafer-Landau, “Rights and Liberties”, içinde *The Philosophy of Law: An Encyclopedia* Cilt II, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing, 1999), 753.

¹⁰²⁰ <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (erişim tarihi: 18.10.2021).

¹⁰²¹ Thomas O'Rourke, Hohfeld'in analizlerinin anayasa hukukuna uygulanabilirliğini, Hart'ın görüşlerinden yola çıkarak temellendirmeye çalışır. Zira yazara göre Hohfeld'in kavramlarının Hart'ın teorisiyle nasıl eşleştiği ve anayasa hukukunun Hart'ın teorisindeki birincil ve ikincil kurallardan oluştuğu göz önünde tutulursa, Hohfeld'in analizinin anayasa hukukunu tanımlayabileceği gösterilmiş

hem köleleştirememe yönünde bir ödev yükler, hem de köleliğe karşı bir hak yaratır¹⁰²². Burada esasen anayasal hakların doğrudan etkisini de gördüğümüz için bireye de yüklenebilen bir ödevden bahsediyoruz. Benzer bir örneği kendi Anayasamızdan da verebiliriz. Anayasanın 21’inci maddesine göre “kimsenin konutuna dokunulamaz”. Bu madde bireye bu yönde bir hak bahşederken, Devlete de bu konuda dokunamayacağı bir alan çizmektedir.

Özetle, anayasal hak; bir talep, serbestlik, yetki, dokunulmazlık olarak adlandırılan ve anayasadan kaynaklanan herhangi bir hukuki konum anlamına gelebilir¹⁰²³. Hohfeldçi analiz böylece anayasal haklar hakkında hukuki muhakemeyi geliştirmek için önemli bir araç sağlar¹⁰²⁴. Nitekim Hohfeld, hukuk uygulayıcılarının yaptıkları mantık hatalarını engellemek amacıyla “temel hukuki kavramlar” ile tüm hukuki kavramları en basit parçaya ayırmaya çalışmıştır. Bunun neticesinde de hukukçulara hukuki problemlerle daha kolay uğraşmalarını sağlayacak faydalı araçlar sağlamıştır¹⁰²⁵. Biz bu kavramların anayasal yargılamada da uygulanmasının önünde bir engel göremiyoruz.

Anayasal hak ve özgürlükler çoğunlukla bağışıklığı da içerirler¹⁰²⁶. Özellikle anayasaya ilişkin uygulama Hohfeld’in bağışıklık kavramı ve onun bağlantısı yetkisizlik ve karşıtı tabi olmayla beraber daha iyi açıklanır¹⁰²⁷. Ancak, “bağışıklık” sorunsuz bir şekilde “yetkisizlik”e indirgenemez. Bunun yerine, dokunulmazlık hakkı, karşıtına göre mantıksal bir önceliğe sahiptir¹⁰²⁸. Ne demek istediğimizi biraz daha açıklayalım.

Hohfeld’in teorisi birebir takip edildiğinde, bağışıklığın bağlantısı yetkisizlik olacaktır. Bu bakış açısından yola çıkıldığında yetkisizlik ödevden ayrı tutulur. Buna göre, yetkisizlik ödevle eşdeğer tutulamaz. Örneğin, ifade özgürlüğü için konuşursak bu konuda yetkisiz olan yasa koyucunun kişilerin ifade özgürlüğüne müdahale etmeme şeklinde ödevi doğmamaktadır. Burada söz konusu olan müdahale etmeme ödevinden öte

olacaktır. *Ibid.*, 155, 157. Ancak biz ana metindeki açıklamaları dikkate alarak, Hart’a dayanmaksızın da Hohfeld’in görüşlerinin anayasa hukukunda kullanılabileceğini düşünüyoruz.

¹⁰²² *Ibid.*, 159.

¹⁰²³ *Ibid.*, 169.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, 168. Ayrıca bkz. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 47.

¹⁰²⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 29.

¹⁰²⁶ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 76.

¹⁰²⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 47.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

yasa koyucunun müdahale edememesidir (*cannot*); çünkü aksi durumda yasa koyucu geçersiz bir irade ortaya koymuş olacaktır¹⁰²⁹. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Anayasal hakların muhatabı devlettir ve anayasal haklar özellikle devletin eylemlerine karşı korunur. Birinin X'e hakkı olduğunu söylemek, her bireyin özgürlük alanını kurumlar aracılığıyla garanti altına alan hukuki bir sisteme ait olmak demektir¹⁰³⁰. Bunu anayasal hak için ifade edersek; anayasal haklarla ilgili hukuki sistemde fark yaratan, devletin bireylerin haklarını değiştirme gücünde kısıtlanmış olmasıdır¹⁰³¹. Biz bunu yalnızca yetkisizlikle ifade edemeyiz. Devletin müdahale edemeyeceği bir alanın olması, ona bu konuda müdahaleden kaçınma konusunda da negatif bir ödev yükler.

Yukarıda, bir hakka sahip olmanın ne demek olduğu sorusunu yanıtlamak için hak kavramının yapısı ve işlevi açısından iki aşamalı bir incelemenin gerekli olduğunu belirtmiştik¹⁰³². Birinci aşamayı, yani hakkın ve anayasal hakkın yapısını Hohfeld'in görüşlerinden destek alarak inceledik. Şimdi ikinci aşama olan işleve odaklanabiliriz.

Hakkın işlevini incelemek, hakkın sahibi için yerine getirdiği işlevi merkez alarak kurucu öğelerini bir araya getiren temel unsurunu açıklamayı gerektirir¹⁰³³. Anayasal hakkın işlevine yukarıda anayasal hakların özel hukuka etkisini incelerken yer vermiştik. Hakkın işlevi nedir, sorusuna yanıt arayan temel teoriler olarak irade ve menfaat teorilerine¹⁰³⁴ ise yer vermemiştik. Biz hakkı “bir araya getiren temel unsur” olarak “hakkın içeriği” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Bu nedenle ikinci aşama olan (anayasal) hakkın işlevini değerlendirirken, bu teorilere de değindiğimiz bir sonraki başlığı, “anayasal hakkın içeriği” olarak belirlemeyi uygun gördük.

4. Anayasal Hakkın İçeriği

Klasik hukuk literatüründe hak kavramının içeriğini oluşturan “şey”in ne olduğuna göre, “irade teorisi” ve “menfaat teorisi” olmak üzere iki ana akım meydana gelmiştir¹⁰³⁵. Friedrich Carl von Savigny, hakkı hukuk düzeninin tanıdığı, kişilerin irade

¹⁰²⁹ Schafer-Landau, “Rights and Liberties”, 753.

¹⁰³⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 44.

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 18-19.

¹⁰³³ *Ibid.*, 19.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, 20.

¹⁰³⁵ Bu teorilerin açıklanması için bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, 475-476; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 55; Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 109.

kudreti şeklinde tanımlayarak, klasik “irade teorisi”nin (*will theory, Willenstheorie*) temsilcisi olmuştur. Rudolf von Jhering ise, “hak, hukuken korunmuş kişisel menfaattir”¹⁰³⁶ tanımıyla klasik “menfaat teorisi (*interest theory, Gütertheorie*)”ni savunmuştur¹⁰³⁷.

Klasik irade teorisi, hukuka çatışan iradeleri birbiriyle bağdaştırma görevi verirken¹⁰³⁸ klasik menfaat teorisi hukukun konulmuş, yani pozitif yönüne odaklanır ve hukuku toplumsal yaşamdaki çıkar çatışmalarının yapay bir sınırı olarak görür¹⁰³⁹. Bu nedenle de menfaat teorisi, irade teorisinin aksine tüm bireysel çıkarların karşılıklı bağdaştırılabileceği bir koşullar kümesinin yokluğuna dikkat çeker¹⁰⁴⁰. Tam da bu yüzden bu menfaatleri dengelemek için hukuk gereklidir¹⁰⁴¹. Bu farklılığın sonucunda menfaat teorisyenleri her ilişkide çatışmayı görmekle suçlanırken, irade teorisyenleri de hakları çok katı bir şekilde tanımlayarak çatışmalardan kaçınmışlardır¹⁰⁴². Gerek çatışmanın oluşumu gerekse de hakların çatışma yöntemini anlamak için bu iki teoriyi de göz önünde tutmak gerekir¹⁰⁴³.

Klasik irade ve menfaat teorilerinin çatışmayla ilgili olan bu boyutuna dikkat çekmekle beraber, hak kavramının meşruluk zeminine dair olan bu teorilerin derinliklerinde boğulmayı, çalışmamız açısından işlevsel bulmuyoruz¹⁰⁴⁴. Bizce Gözler’in belirttiği gibi, hak kavramının tanımında arkadaki iradeye, iradenin arkasındaki menfaate kadar gitmenin anlamı yoktur, gidilse de farklı bir sonuç doğmaz¹⁰⁴⁵. Hakkı yukarıdaki gibi ödevler ile ilişkisi bağlamında, muhatabına karşı sahip olunan şey bağlamında dikkate alırsak; hukukun bunu menfaat ölçütüne göre mi irade ölçütüne göre mi yaptığı fark etmeksizin, hakkın olup olmadığı ve bu hakkın gerektirdiği şeyin ne olduğu açık olacaktır. İşte bu durumda, Gözler’in dediği gibi hukuk düzeninin

¹⁰³⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 67.

¹⁰³⁷ Ayrıca bkz. Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 158-163. İrade teorisini Hart ile, menfaat teorisini ise Raz ile ilişkilendirerek bir karşılaştırma yapan bkz. Turhan, “Hakların Çatışması”, 698-699.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, 143.

¹⁰³⁹ Nigel E. Simmonds, “Rights at the Cutting Edge”, içinde *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, ed. Matthew Kramer ve Nigel E. Simmonds (Oxford: Oxford University Press 1998), 114.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, 138.

¹⁰⁴¹ Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 144.

¹⁰⁴² Zucca, *Constitutional Dilemmas*, x. Ayrıca bkz. Turhan, “Hakların Çatışması”, 698-699.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, 60.

¹⁰⁴⁴ Bkz. Simmonds, “Rights at the Cutting Edge”, 113, 138. Bu iki teorisinin eleştirildikleri noktalar söz konusudur. Bunların üzerinde durmaya gerek duymuyoruz.

¹⁰⁴⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 68.

arkasındaki gerekçe, en azından şu aşamada, bizi ilgilendirmez. Aynı durum anayasal haklar için geçerlidir. “Türk hukuk literatürü” başlığı altında, anayasal hakları en genel anlamıyla anayasanın tanıdığı ve güvence altına aldığı haklar olarak tanımlamıştık. Dolayısıyla anayasal hak normlarıyla böyle bir statü tanındıktan sonra, artık arkadaki iradeye veya bu hakkın korunmasında bir çıkarın olup olmadığına bakmanın anlamı kalmayacaktır.

Hakkın maddi içeriğini oluşturan fiillerin nasıl gerçekleşeceği sorunu, hak çatışmalarında önemli bir hale gelir. Hak genelde bu hakkı talep etme yetkisiyle bahşedilir. Bu talep etme yetkisiyle kişi, bir başka kişiden bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını isteyebilir ve bu istem hukuk düzeni tarafından korunur. Başka bir ifadeyle, bu istem, cebri vasıtalarla icra edilebilir¹⁰⁴⁶.

Hak ile talep etme yetkisi arasındaki bu ilişki mutlaka dikkate alınmalıdır. Zira hak çatışması, hak sahibinin, hakkını kullanma yolu ile çok alakalıdır¹⁰⁴⁷. Hak çatışmasının hak sahibinin kullanma yoluna bağlı olması, hakların normatif çatışmalar karşısında neden kendine özgü bir çatışma türü oluşturduğunu da –aşağıda göstereceğimiz üzere- bize açıklayacaktır. Çünkü anayasal hakkın uygulanması yönünde bir talebin ileri sürülüp sürülmeyeceği ve bu talebin ne şekilde öne sürüleceği, her bireyin kendi kararına bağlıdır¹⁰⁴⁸. Çoğu anayasal hakkın izin verici olmasının anlamı budur. Örneğin bir davada kişinin temel haklarından biri ihlal edilse de, onun bu hakka katı bir şekilde uyulmasında bir menfaati olmayabilir¹⁰⁴⁹. Bu durumda da anayasal hakların çatışması gündeme gelmeyecektir. Anayasal hakların çatışmasına neden olan gerçek uyuşmazlığı yaratmak için kişilerin ilgili anayasal hakka sahip olmalarının yanında, özel

¹⁰⁴⁶ *Ibid.* Hakkın unsurlarından biri olarak tanınma/saygı gösterilmenin “zorla yerine getirme” ile sağlamaştırılması için bkz. Erdoğan, “İnsan Hakları Öğretisine Giriş”, 26.

¹⁰⁴⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 65.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, 64. Zucca bunu kendi anayasal statü teorisi bağlamında şöyle izah etmektedir: Her bireyin, bir anayasal statüye sahip olması mutlaklıdır. Anayasal bir statü devredilemez. Bu, kişi rıza gösterse bile, bu statüyü reddedemeyeceğini gösterir. Ancak bu, anayasal statü ile verilen temel hakların feragat edilebilir olmadığı anlamına gelmez. İşte bu noktada da bireyin kararı devreye girer. *Ibid.* Öyleyse anayasal statü teorisinde temel hakların mutlak olan tek yönü, anayasal statünün vazgeçilemez olmasıdır. Bu statüde, bireylerin bazı temel haklarını *prima facie* gereklilik olarak görmeleri ve bunlardan feragat edebilmeleri ise mümkündür. *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

kullanma yöntemleri önemlidir¹⁰⁵⁰. Dolayısıyla anayasal hak çatışmalarının anayasal kurallar ve uygulamalarla şekillendiğini¹⁰⁵¹ dikkate almak zorundayız.

Bir sonraki başlıkta göreceğimiz üzere *ampirik koşullarla* alakalı olan bu husus bize, anayasal hakla çatışmalarının normatif çatışma kategorisiyle ilişkisini (1) ve çatışmaların soyut düzlemde mi yoksa somut düzlemde mi ortaya çıktığını (2) açıklamakta yol gösterici olacaktır. Bu soruları “anayasal hak çatışmalarının normatif çatışma karşısında sınıflandırılması” başlığı altında aşağıda ele alacağız. Ancak önce hak çatışmalarının yapısına bakalım.

E. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ YAPISI

“Anayasal hakların ve anayasal hak çatışmalarının yapısı ile çatışma tipolojisi” başlıklı bu bölüme, Martinez-Zorrilla’nın anayasal hak çatışmalarının standart anlayışı olarak kavramsallaştırdığı üç temel tezi açıklamakla başlamıştık. İkinci teze göre anayasal hak çatışmaları, ilgili normlar arasındaki bağdaşmazlıklardan veya karşıtlıklardan kaynaklanmazlar, daha çok davanın ampirik koşullarına bağlıdır¹⁰⁵². Yani bu normlar mantıksal olarak uyumludur ve çatışmalar, kural çatışmalarının aksine, *a priori* olarak veya soyut olarak belirlenemezler. Ancak somut olarak belirlenebilirler¹⁰⁵³.

İkinci tez, en azından teorik açıdan bakıldığında, hiçbir şeyin anayasal hak ve özgürlüklerin soyut (*in abstracto*) çatışmasını engellemediği iddiasındadır¹⁰⁵⁴. Kısacası çatışan anayasal haklar arasında bir karşıtlık yoktur ve bu çatışmalar mantıksal bir kusurdan doğmaz¹⁰⁵⁵. Bir diğer deyişle, bu teze göre çatışma hukuk sisteminin bir kusuru değildir. Dolayısıyla anayasal hak çatışmaları, normatif çatışmalar değildir.

¹⁰⁵⁰ Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 60.

¹⁰⁵¹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 69.

¹⁰⁵² Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 729.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, 730. Bkz. Velasco, *Conflict between Basic Rights and Balancing*, 2. Çatışan nedir sorusuna – temel hak çatışmalarında yeknesak bir çatışma nesnesiyle tutarlı bir çatışma dogması geliştirmek için- “karar normları” (*Entscheidungsnorm*) cevabını veren Fohmann (Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 60), anayasal hak çatışmaları için karar verme gerekçelerinin yalnızca olaya yönelik karar verme prosedürü bağlamında ortaya çıkabileceğini savunur. Şöyle ki anayasal hak çatışmaları ne (somut) olgulardan ne de (dinamik) karar alma sürecinden bağımsız olarak ortaya çıkar. İşte bu nedenle yazar, çatışmaların dogmatik olarak yerleşeceği bir soyut-statik pozitif anayasa hukuku düzenini reddeder. *Ibid.*, 49.

¹⁰⁵⁴ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 731-732. Bu bağlamda, Zucca gerçek (yapay değil) anayasal hak çatışmalarının normatif bağdaşmazlıklar içerdiğini düşünmektedir. (Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 52 vd.)

¹⁰⁵⁵ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 730.

Bu başlık altında, ikinci tezi inceleyerek anayasal hak çatışmalarının norm çatışmalarına indirgenip indirgenemeyeceği sorusunu yanıtlamış olacağız. Bununla bağlantılı olarak anayasal hak çatışmalarının normatif bir çatışma olup olmadığını ve soyut düzlemde mi yoksa somut olarak mı ortaya çıkan bir çatışma olduğunu sorgulayacağız. Bu sorulara yanıt vermeden önce, anayasal hak çatışmalarını kategorize edebilmek için öncelikle “normatif çatışma”yı tanımlamamız gerekir¹⁰⁵⁶.

1. Normatif Çatışma

Öncelikle belirtelim ki normatif bağdaşmazlık; zıtlık, uyumsuzluk, normatif çatışma ile aynı anlamda kullanılan diğer kavramlardır¹⁰⁵⁷. Çarpışmayı, çatışmayı ve tutarsızlık kavramlarını da bu anlamda kullananlar vardır¹⁰⁵⁸.

Hukuk teorisinin karmaşık konularından biri olan “normatif çatışma”ya ilişkin öğretisi, deontik bakımdan hangi normların çatışabileceğinden norm çatışmalarının türlerine kadar değişik pek çok konuda farklı görüş içerir¹⁰⁵⁹. Norm çatışmaları, aynı olgusal şartlara bağlanmış iki norm arasında uyumsuz sonuçların çıkması olarak tanımlanabilir¹⁰⁶⁰. Normatif bir çatışmaya iki normun aynı anda uygulanmasını engelleyecek şekilde deontik çelişkilerin yol açtığı¹⁰⁶¹ genellikle kabul edilen düşüncedir. Bu durum “gerçekleştirilemezlik tezi” (*the unrealizability thesis*) ile de ifade edilir¹⁰⁶². Böyle bir durumda bir normun uygulanması, diğerinin ihlalini beraberinde getirecektir¹⁰⁶³. Normatif çatışmayı, deontik mantıkla sınırlamanın yeterli olmadığını aşağıda göstereceğiz.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, 732.

¹⁰⁵⁷ Abdullatif A.O Elhag, Joost A.P.J. Breuker ve Bob W. Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, içinde içinde *Legal Knowledge Based System, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, ed. H. Jaapvan den Herik *et al.* (Nijmegen: GNI, 1999), 35 (dp. 1).

¹⁰⁵⁸ Lars Lindahl, *Conflict in System of Legal Norms: A Logical Point of View*, içinde *Coherence and Conflict in Law*, ed. Bob Brouwer *et al.* (Netherlands: Kluwer Law and Taxation publishers, 1992), 40-41.

¹⁰⁵⁹ Canyaş, “Norm Çatışması”, 129. Canyaş’ın bu konuda önemli olarak gösterdiği çalışmalar için bkz. *Ibid.* (dp. 20).

¹⁰⁶⁰ Alf Ross, *On Law and Justice* (Berkeley ve Los Angeles: University of California Press, 1959), 128 vd.

¹⁰⁶¹ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 729, 733

¹⁰⁶² Lindahl, “Conflicts in Systems of Legal Norms: A logical point of View”; Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 38.

¹⁰⁶³ Canyaş, “Norm Çatışması”, 133.

Bir önceki başlıkta, hukuk literatüründe çatışmaların çoğunlukla deontik mantığa dayanarak ele alındığını belirtip deontik mantığı açıklamıştık. Deontik mantığın hukuk normlarını emredici, yasaklayıcı ve izin verici normlar olarak ayırarak norm çatışmalarını incelediğini de belirtmiştik. Bu norm türlerini burada kısaca açıklayalım.

Emredici hukuk normları, bir kimseyi bir davranışı yapma biçiminde bir hukuki ödev veya yükümlülük altına sokar¹⁰⁶⁴. Belirli bir davranışın yapılmamasını öngören yasaklayıcı normlar bu davranışların yapılmasını yaptırıma bağlar¹⁰⁶⁵. “İzin verici normlar”ın ise, norm öznesine belirli bir davranışı icra etme veya yapmaktan kaçınma konusunda izin verdiğini yukarıda belirtmiştik¹⁰⁶⁶.

Normatif çatışmalar, bazı yazarlar tarafından emredici normlar (*imperative norms*) yani belirli davranışları emreden veya yasaklayan normlar arasındaki çatışmalarla sınırlandırılmıştır. Bu anlamda ise “ortak uyumun imkansızlığı” (*Impossibility-of-joint-compliance*) testine başvurulmaktadır¹⁰⁶⁷. Bu teste göre, uygunluk beyanları yani normun içeriğine tekabül eden ifade (X yapılacak veya X yapılamayacak gibi) normlar arasındaki çatışmayı ayırt etmek için şekillendirilmiştir. Eğer bu uygunluk beyanları çelişkiliyse normlar çatışıyor demektir¹⁰⁶⁸.

Peki, normatif olarak çatışabilecek olan nedir? Birçok yazar (örneğin von Wright) izinlerin kullanılabilirliğini veya uygulanabilirliğini, fakat izinlere, emirlerin (ödevler ve yasaklar) aksine, itaat edilmeyeceğini iddia etmektedir¹⁰⁶⁹. Bu nedenle, izin verici normlar normatif çatışmaya dahil edilmez. Ortak uyumsuzluk testine başvuran ve çatışmayı emredici normlarla sınırlayan bu görüş, izin verici normları dahil etmeği için zayıf bir görüş olarak kalır. Bu görüş kabul edilirse, izin verici normlar hukuki tutarlılığın belirlenmesinde göz önünde tutulmayacaktır¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁴ Munzer, “Validity and Legal Conflicts”, 1141.

¹⁰⁶⁵ Canyaş, “Norm Çatışması”, 132.

¹⁰⁶⁶ Munzer, “Validity and Legal Conflicts”, 1141.

¹⁰⁶⁷ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 36.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, 36-37.

¹⁰⁶⁹ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 733.

¹⁰⁷⁰ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 37. Bu testin ikinci zayıf yanı, deontik dışındaki modaliteleri tamamen göz ardı etmesidir. Örneğin, bu test normatif yetkilere ilişkin kuralları (Hart’ın ikincil kuralları; Hart, *The Concept of Law*) dikkate alınmaz. *Ibid.*,

Eğer biz şart olarak, normatif çatışma için en azından iki emrin (yükümlülük veya yasak) içerilmesi gerektiğini düşünürsek, o zaman bir normun belirli bir eylemi yasakladığı (odada sigara içme gibi), diğerinin buna izin verdiği durum normatif çatışma olarak değerlendirilemez. Oysa izin vermek yasağı ihlal eder ve yasağa uymak ise iznin kullanılmaması anlamına gelir¹⁰⁷¹. Ancak, izinleri de kapsayan bir normatif çatışma teorisi daha doğru olacaktır. Nitekim anayasal hak ve özgürlüklerle daha çok alakalı olan da budur. Çünkü anayasal hakların çoğu izinler olarak değerlendirilebilir¹⁰⁷². Bu açıklamalarımızı aklımızda tutarak, deontik mantığın anayasal hak çatışmalarına nasıl yansıdığına bakalım.

2. Deontik Mantığın Anayasal Hak Çatışmalarına Uygulanması

Yukarıdaki açıklamalarımızı özetlersek deontik mantık çatışmaları şunlar arasında çıkabilir: Emredici iki norm arasında¹⁰⁷³, bir emredici norm ile yasaklayıcı norm arasında¹⁰⁷⁴, bir emredici veya yasaklayıcı norm ile izin verici norm arasında¹⁰⁷⁵ ya da iki izin verici norm arasında¹⁰⁷⁶.

Anayasal hak normlarını izin verici normlar olarak kabul ettiğimiz için, anayasal haklar arasındaki çatışmayı iki izin verici norm arasındaki çatışma olarak değerlendirdiğimiz düşüncesi akla gelebilir. İzin verici norm arasındaki çatışma, kısaca bir davranışı yapmaya izin veren norm ile o davranışı yapmamaya izni veren iki norm

¹⁰⁷¹ Martinez-Zorrilla, "The Structure of Conflicts", 733.

¹⁰⁷² *Ibid.*; Zucca, *Constitutional Dilemmas*.

¹⁰⁷³ Literatürde genellikle (aynı muhataba ilişkin) iki emredici norm arasında çatışma nadir olarak kabul edilmektedir. Bkz. Canyaş, "Norm Çatışması", 133.

¹⁰⁷⁴ Bu çatışma türü konusunda öğretide görüş birliği vardır. Hatta Canyaş'ın belirttiğine göre, norm çatışmasıyla ilk bu durum anlaşılır. Bu çatışmada bir norm bir davranışa izin verirken, diğeri bu davranışı yasaklar. Dolayısıyla iki normun gereğini eş anlı uygulamak imkansızdır. Birine uymak diğerinin ihlalini getirecektir. Bkz. Ana metinde yer verdiğimiz, kırmızı ışıkta durması emredilip askeri bölgede durması yasak olan sürücü örneği. Yine çok benzer bir örnek için bkz. *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ Bu çatışma halinde, bir norm bir davranışta bulunmayı yasaklarken diğeri buna izin verir. Bu çatışmayı kabul edenlerce, öğretideki sadece emredici normlar arasında çatışma çıkabileceği şeklindeki açıklamalar doğal olarak şiddetle reddedilmektedir. *Ibid.* Bu durumun, gerçek çatışma hali olarak reddedilmesinin nedeni çatışmanın ortaya çıkmama ihtimalinin de söz konusu olmasıdır. Başka bir ifadeyle, izin verici norm (örneğin sollama yapılmasına imkân veren norm) uygulandığında, bununla çatışan yasaklayıcı norm (sollama yapmayı yasaklayan norm) kesinlikle ihlal edilmiş olur. Ne var ki kişi izin verici normdaki davranışı uygulamadığında, yani kendisine verilen izni kullanmadığında (sollamak) bu durumda yasaklayıcı (sollamamak) normu ihlalden kaçınmış olacaktır. Böylece bir çatışma ortaya çıkmayacaktır. *Ibid.*, 134.

¹⁰⁷⁶ Elhag, Breuker ve Brouwer, "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", 44. Emredici norm ile yasaklayıcı norm arasındaki çatışmayı kabul eden yazarlardan hepsinin, izin verici normlar arasında çatışmayı kabul etmediğine dair ve ayrıntılar için bkz. *Ibid.*

arasındaki çatışma¹⁰⁷⁷ olarak tanımlanır. Buna örnek olarak, doktorların yolda rastladıkları yaralı kimseleri tedavi etmelerine izin veren norm ile tedavi etmemelerine izin veren norm arasındaki çatışma verilebilir¹⁰⁷⁸. Ancak bu şekilde iki izin verici normun arasında çatışmayı kabul etmeyen görüşler¹⁰⁷⁹ vardır ki bizce doğrusu da budur. Çünkü izin verici norm, izin verdiği şeyin aksini yapma imkanı da tanır. Söz konusu olan diğer norm da bu nitelikte olduğu için geriye serbestçe hareket özgürlüğü kalır¹⁰⁸⁰. O halde bizim anayasal hakları izin verici normlar olarak görüp, hak çatışmalarını izin verici normlar arasındaki çatışma olarak görmemizde bir tutarsızlık mı vardır? Bizce bu noktada iki izin verici normda yer alan hakkın/iznin yararlanıcısının *aynı* olup olmadığı dikkate alınmalıdır.

Doktor örneğinde, izin veren ve vermeyen kuralın muhatabı, yani iznin sahibi aynı kişidir. Dolayısıyla bu iki izinden birini gerçekleştirmek aslında kişinin iradesine kalmıştır. Biz aynı hak öznesinin farklı haklarının çatışmasını, bunun kişinin irade özgürlüğü meselesi olduğunu belirterek, çalışmamız dışında bırakmıştık. Çalışmamızın konusu olan çatışmalarda, muhakkak en az iki farklı hak öznesi vardır. Dolayısıyla izin verici kural tek bir kural olsa da, iki ayrı hak öznesi de bunu iddia ediyorsa ve bunlar çatışyorsa; iki hak öznesi için çatışan, iki farklı izin verici norm söz konusu demektir. Öyleyse yalnızca farklı özneler söz konusuysa, hak çatışmaları izin verici kurallar arasındaki çatışma olarak kabul edilebilir. Burada söz konusu olan bir özgürlük (uygulaması) ile diğer özgürlük (uygulaması) arasındaki çatışmadır. Örneğin, grev hakkı ile çalışma hakkının çatışması veya anne ile babanın çocuk üzerinde tasarrufta bulunma hakkı ile çocuğun yaşama hakkı ya da çevre hakkı ile mülkiyet hakkı gibi¹⁰⁸¹ çatışma durumlarına bakalım. Bu örneklerde, izin verici normlar çatışmaktadır. Hatta aynı hak için örnek vermek gerekirse, din özgürlüklerinin çatışması da gösterilebilir¹⁰⁸².

Yukarıdaki açıklamalarımızı biraz daha eşeleyip duruma tersten bakalım. “İzin verici normlar” arasında çatışma tersten bir bakış açısıyla, iki ödev arasındaki çatışma

¹⁰⁷⁷ Munzer, “Validity and Legal Conflicts”, 1142.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ Vranes, “The Definition of ‘Norm Conflict’”, 409. Hatta bu tür çatışmalar çelişkili çatışma (*contradictory conflict*) olarak adlandırılır. *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 39-40.

¹⁰⁸² Thilo Marauhn ve Nadine Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse’s Notion of ‘Praktische Konkordanz’ and the German Federal Constitutional Court”, içinde *Conflicts between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems (Antwerpen: Intersentia, 2008), 275.

olarak da değerlendirilebilir. Nitekim hakkın olduğu her yerde ödev vardır¹⁰⁸³. Bu nedenle anayasal hak çatışmalarını anlayabilmek için birbiriyle bağlantılı ödevleri ve bunların ödev sahiplerinden eylem yapmalarını gerektirdiği veya yasakladığı yolu bilmek zorundayız¹⁰⁸⁴. Hohfeld'in hukuki ilişkiler analizi, bize, bir hak iddiası söz konusu olduğunda bunun bir serbestlik mi, yetki mi, bağımsızlık veya (talep) hakkı mı olduğunu, yahut bunların farklı kombinasyonlarından mı oluştuğunu ortaya koyacak şekilde dikkatli bir incelemenin gerekliliğini gösterdi¹⁰⁸⁵. Böylelikle bu analiz, farklı hak formlarının muhataplarından farklı şeyleri gerektirdiğini ve sahibine farklı şeyleri bahsettiğini göstermekte yardımcı oldu¹⁰⁸⁶.

Anayasal hakları izin verici kurallar olarak tanımlamak yetmez. Diğer haklardan yapısal olarak farklı olsalar da anayasal haklar da, genel veya özel yükümlülük sahiplerine ödevler yükler¹⁰⁸⁷. Bir anayasal hak, bir şeyi yapmak veya bir şeyden kaçınmak konusunda izin verirken, öte yandan da birtakım yükümlülük sahiplerine bu iznin konusuna saygı gösterme ödevi yükler¹⁰⁸⁸. Bu kapsamda Devlet genel olarak ilk hak ödevlisi, bireyler ise ikinci hak ödevlisi olarak değerlendirilir¹⁰⁸⁹. Örneğin iki farklı grubun aynı anda ve zamanda gösteri yapmak istediğini düşünelim. Zucca, bunu gösteri yapmak izni ve gösteri yapmaktan kaçınma yükümlülüğü arasındaki çatışma olarak görür ve bir ödev ile bir izin verici kuraldan kaynaklanan çatışmaya örnek olarak gösterir¹⁰⁹⁰. Biz bu olayı daha farklı değerlendirmekten yanayız.

Bu çatışma iki izin verici kural arasındaki çatışma olarak görülebilir ki bu durumda, izin verilen bir gösteri hakkı ile izin verilen bir karşı gösteri hakkı arasında bir çatışma söz konusu demektir. Aynı çatışmayı iki ödev arasındaki çatışma olarak değerlendirdiğimizde ise; çatışma bir gösteri hakkına saygı gösterme ödevi ile diğerinin karşı gösteri hakkına saygı gösterme ödevleri arasındadır. Buradaki kilit nokta, devletin koruma yükümlülüğüdür. Anayasal hak çatışmalarında koruma yükümlülüğü teorisinde

¹⁰⁸³ Bir üstteki başlıkta buna değinmiştik. Ayrıntılar için bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 75-77. Ancak ödevin olduğu her yerde hakkın varlığının kabulü ise tartışmalıdır. Bkz. *Ibid.*, 76. Daha ayrıntılı bir tartışma için bkz. Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 179-183.

¹⁰⁸⁴ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 53.

¹⁰⁸⁵ Jones, *Rights*, 25; Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 105.

¹⁰⁸⁶ Jones, *Rights*, 25; Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, 105-106.

¹⁰⁸⁷ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 54.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

asıl sorumlu olanın devlet olduğunu söylemiştik¹⁰⁹¹. Bu ne demektir? Anayasal hak sahibi bir başkasının anayasal hakkına karşı yükümlülük sahibi değildir. Bireylerin buradaki asıl yükümlülükleri ancak toplumsal hayatın getirdiği karşılıklı hakkın sınırlanmasına katlanması yükümlülüğü olabilir. Pozitif yükümlülük çerçevesinde her hakkın gerçekleştirilmesinin asıl yükümlüsü olan devletin, gerçekleştirmekle yükümlü olduğu bir gösteri hakkı ile yine gerçekleştirmekle yükümlü olduğu bir karşı gösteri hakkı çatışmaktadır¹⁰⁹².

Aslında Zucca da iki ödev arasındaki çatışmayı bizim yukarıda izah ettiğimiz gibi izah eder. Çatışmanın iki ödev arasında da olabileceğine dikkat çeken yazar, ifade özgürlüğüne müdahale etmeme ödevi ile özel mülkiyete müdahale etmeme ödevinin çatışmasını buna örnek olarak gösterir¹⁰⁹³. Örneği biraz daha somutlaştırırsak; özel bir mülkiyetin örneğin bir mağazanın önünde broşür dağıtmak isteyen bir konuşmacının ifade özgürlüğü ile mağaza sahibinin özel mülkiyet hakkı arasındaki çatışmada durum böyledir¹⁰⁹⁴. Bizce bu örneğin, yukarıdaki örnekten bir farkı yoktur. Bu olay da iki hakkın kullanılması anlamında izin verici normlar arasında çatışma veya devletin iki ayrı hakkı gerçekleştirmek şeklindeki yükümlülüklerin çatışması anlamında, iki ödevin çatışması olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla biz izin verici kurallar olarak anayasal haklar arasındaki çatışmayı, aslında devletin bu hakları gerçekleştirmesi anlamındaki iki farklı ödevinin çatışması anlamında değerlendiriyoruz.

Bu açıklamalarımızdan sonra artık anayasal hak çatışmalarının normatif çatışmalara indirgenip indirgenemeyeceği sorusu için doğrudan yanıt arayabiliriz.

3. Anayasal Hak Çatışmalarının Normatif Çatışma Karşısında Sınıflandırılması

Bu başlık altında anayasal hak çatışmalarını normatif çatışmalar karşısında sınıflandırırken, aslında birbiriyle bağlantılı iki soruyu yanıtlamış olacağız: Anayasal hakların çatışması normatif bir çatışma mıdır? Bununla bağlantılı olarak, çatışmalar soyut

¹⁰⁹¹ Bkz. “Koruma Yükümlülüğü Teorisi” başlığımız.

¹⁰⁹² Biz, Zucca’nın devletin birincil, vatandaşın ise ikincil yükümlü olduğu açıklamasına ancak yukarıda belirttiğimiz düşünce kapsamında katılabiliriz.

¹⁰⁹³ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 53.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.* Heissl çok benzer şekilde, devletin pozitif ödevlerinin çatışması olarak toplanma özgürlüğü ile bir işi yürütme özgürlüğünün çatışmasını örnek olarak verir. Burada kürklere karşı bir gösterinin ilgili kıyafet mağazasının önünde yapıldığını düşünüyoruz. Heissl, “Human Right Collisions”, 35.

düzlemde mi yoksa somut olarak mı ortaya çıkan bir çatışmadır? Anayasal hak çatışmalarının standart anlayışının buna yanıtları şu şekildeydi: Çatışma normatif uyumsuzluktan kaynaklanmaz. Bu nedenle de çatışma somut (olgusal) olarak gerçekleşir. Standart anlayışın bu iki cevabının ayrıntılarına geçmeden önce, diğer görüşlere bakalım.

Düşünceleri genellikle standart anlayışa zıt olan Zucca, anayasal hak çatışmalarını normatif bağdaşmazlıklar olarak tanımlar. Normatif bağdaşmazlık, birbiriyle çelişen iki normun uyuşturulması mümkün olmadığında ortaya çıkar. Yazara göre anayasal hak çatışmalarını bu kadar ürkütücü yapan da normatif bağdaşmazlıktır¹⁰⁹⁵. Buna göre anayasal hakların çatışması, bir hakkın/normun bir şeye (X eylemine) izin verirken, (çatışan) diğer bir hakkın/normun buna izin vermemesi, bunu yasaklaması halleridir. Bu durumda iki hak tarafından izin verilen X eylemi aynı anda icra edilemeyecektir¹⁰⁹⁶. Buradan anladığımız, Zucca'nın diğer bir normun buna izin vermemesinden ve bunu yasaklamasından kastettiği, aslında bu normun da ilk izne aykırı başka bir davranışa izin vermesidir. Aksi halde Zucca'nın izin verici normlar tanımı eksik kalacaktır.

Gözler ise anayasal haklar arasındaki çatışma sorununu, (anayasal) hukuk normları arasındaki çatışma ile eşdeğer olarak görür. Çünkü hak ve özgürlükler hukuk normlarından başka bir şey değildir. İki özgürlük çatışıyorsa, iki norm çatışıyor demektir. Öyleyse bu haklar arasındaki bir çatışmayı çözmek, bu normlar arasındaki çatışmayı çözmeyi gerektirir¹⁰⁹⁷. Dolayısıyla Gözler'in de anayasal hak çatışmalarını normatif çatışma olarak kabul ettiği ve normlar çatışmasına indirgediği söylenebilir.

Yukarıdaki görüşler klasik çatışmaların altında değerlendirilebilir. “Klasik” çatışmalarda, en azından iki farklı norm, farklı ve bağdaşmaz deontik karakterlerde (örneğin bir norm aksiyon “p”yi yapma ödevini, diğer bir norm “p”yi aynı koşullarda yasaklamayı düzenler) aynı genel (*generic*) eylemi düzenler¹⁰⁹⁸. Bu nedenle burada hukuki sistemde mantıksal bir bağdaşmazlık vardır¹⁰⁹⁹. Anayasal hak normları da neticede *normdur*. Dolayısıyla her normda olduğu gibi, anayasal hak normları da bir

¹⁰⁹⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 52.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, 50; Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 25.

¹⁰⁹⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 251-252.

¹⁰⁹⁸ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 738-739.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, 739.

öncül, bir deontik kip ve sonuçtan oluşur¹¹⁰⁰. Bunu dikkate alan Burazin, anayasal hak normlarının açık bir öncülleri olmasına (bazılarına göre, hatta bir öncülleri bile yoktur), örtük istisnalara izin vermelerine ve genel olmalarına dikkat çeker¹¹⁰¹. Yazarın bu söyledikleri, esasen bizim anayasal hak normlarının genel özellikleri olarak bahsettiğimiz niteliklerden daha farklı değildir. Dolayısıyla aynı noktaya geliyoruz: Anayasal hak normları da diğer anayasal normlar gibi “norm olma” özelliğine sahip olsalar da, onları farklı kılan bazı özelliklere sahiptirler. Bu durum ise, bizim çalışmamıza “anayasal hak normlarının çatışması” yerine “anayasal hak çatışmaları” adını vermemizden bağımsız bir durum değildir. Öyleyse anayasal hak çatışmalarının klasik çatışmalar altında değerlendirilmesi sorgulanmalıdır. Ama önce diğer bir çatışma türüne bakalım.

Klasik çatışmalardan farklı olarak ampirik koşulların yol açtığı çatışmalarda, bir veya daha fazla norm vardır. Bunlar, bağdaşmaz değildir ve aynı anda olaya uygulanabilirler; fakat kişi bazı ampirik sınırlamalardan dolayı her ödevi veya yasağı yerine getiremez. Mesela kişinin sadece tek alıcıya para ödeyebilecek olması gibi. Burada iki ödev de uygundur ve aralarında mantıksal bağdaşmazlık yoktur. Problem, kişinin iki ödevi birden gerçekleştiremeyecek olmasından kaynaklanır¹¹⁰². Anayasal hakların bu iki kategori karşısında nasıl konumlandırıldığına bakacağız. Fakat hemen burada, hem klasik çatışmalarda değindiğimiz hem de devamındaki açıklamalarımızı tamamlayacağı için genel ve bireysel eylemler ne demektir, buna bir parantez açalım.

a. Genel Eylemler ile Bireysel Eylemler Ayrımı

Anayasal hak çatışmalarını normatif çatışma ekseninde doğru sınıflandırabilmek için genel (*generic*) ve bireysel eylemler arasındaki ayrım dikkatli bir şekilde yapılmalıdır¹¹⁰³. Bu ayrım genel ve bireysel davalar ayrımına paraleldir¹¹⁰⁴. Belirli bir zamanda belirli bir kişi tarafından gerçekleştirilen dünyadaki bir davranış örneğine “bireysel durum” (*individual case*) denir¹¹⁰⁵. Normda belirtilen bu davranışın genel kalıbına “genel durum” (*generic case*) denir¹¹⁰⁶. Bireysel durumda belli bir zamanda, belli

¹¹⁰⁰ Jorge Silva Sampaio, “Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights, içinde *The Principle of Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ed. David Duarte ve Jorge Silva Sampaio (Dordrecht: Springer, 2018), 82.

¹¹⁰¹ Burazin, “Conflicts between Fundamental Rights Norm”, 112.

¹¹⁰² Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 739.

¹¹⁰³ *Ibid.*, 737.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 36.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

bir kişi tarafından icra edilen bir davranış vardır. Genel durum buna genel olarak atıf yapar¹¹⁰⁷. Bir anayasal hak normunun genel olması ise, “onu somutlaştıran diğer normların formüle edilmesini gerektirdiği ... ve onsuz somut davaları çözmek için uygun olmayacağı” anlamına gelir¹¹⁰⁸.

Hukuki normlar, bazı deontik özellikleri içererek (ödev, yasak, izin) genel eylemleri düzenlerler. Örneğin bir kişinin vergi ve satıştan para vermesi ödevi, genel olana altlanacak birer bireysel eylemdir¹¹⁰⁹. Bireysel eylemler gerçek olaylardır ve artık yalnızca mantıksal kategoriler deđildirler¹¹¹⁰. Çok kompleks olabilen bireysel eylemler, aynı anda iki veya daha fazla genel eylemin örneği olabilir¹¹¹¹. Örneğin bir gazetecinin, bir politikacının yolsuzluk yaptığına dair iddiası, hem ifade özgürlüğü hem de haysiyet hakkı örneklerine dahil olarak değerlendirilecektir. Bu, bireysel eylemin her iki anlamda da hukuki izinli (ifade özgürlüğü) ve hukuken yasaklı (haysiyet hakkını ihlal etme yasağı) olduğu anlamına gelir¹¹¹². Biraz daha detaylı açıklarsak, gazetecinin iddiası genel eylem olan ifade özgürlüğüne kapsamında girmektedir ve izinlidir. Ancak gazetecinin bu bireysel eylemi aynı zamanda genel haysiyet hakkı kapsamında da yasaklanmış durumdadır.

Bireysel ve genel eylemleri de açıkladığımıza göre, artık anayasal hak çatışmalarını sınıflandırabiliriz.

b. Anayasal Hak Çatışmalarının Sınıflandırılması

Klasik çatışmalardan ve tamamen ampirik koşullara bağlı çatışmalardan bahsettik. Peki, anayasal hak çatışmaları bu iki kategori karşısında nasıl konumlandırılır? Bunu açıklamak için çatışmaların, deontik mantık ve ampirik koşullarla bağlantısını daha detaylı olarak ele almak gerekir.

Deontik bir çatışma normatif bir çatışmadır. Bunu, Martinez-Zorrilla'nın Carlos E. Alchourron'dan aldığı (bir emredici norm ile bir yasaklayıcı norm çatışması olan)

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ R. Guastini, Interpretare e argomentare. Dott. A. Giuffrè editore, Milano, s. 179'dan atıf yapan Burazin, “Conflicts between Fundamental Rights Norm”, 112.

¹¹⁰⁹ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 737.

¹¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹¹ *Ibid.*, 737-738.

¹¹¹² *Ibid.*, 738.

deontik çatışma örneğiyle izah edelim. Belirli bir hukuk sisteminde şu iki normun varlığını varsayalım:

N1. Kırmızı ışıkta durmak zorunludur (zorunluluk).

N2. Askeri bölgede durmak yasaktır (yasak)¹¹¹³.

Bu örnekte, iki norm da aynı davranışı (durmak/aracı durdurmak), farklı *deontik* karakterlerle düzenlemektedir¹¹¹⁴. Burada varsayımsal olarak, iki norm da aynı anda uygulanabilir. Başka bir ifadeyle, sürücü hem yasağa hem göreve tabidir. Peki, askeri bölgede kırmızı ışığın varlığı durumunda ne olacaktır? Bu deontik bir çelişki veya bağdaşmazlıktır. Sürücü dursa da, devam etse de bir normu ihlal edeceği için bu “normatif çatışma”dır¹¹¹⁵.

Bu örnekle normatif çatışmalar için vurgulamak istediğimiz husus şudur: Çatışma durumu soyut olarak¹¹¹⁶ öngörülebilir; *bireysel*¹¹¹⁷ davanın ampirik koşullarına bağlı değildir¹¹¹⁸. Aksine, bunlar genel davalara ilişkindir; bu genel davaya altlanabilecek/dahil edilebilecek bireysel bir durumda, bu çatışmanın ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle çatışma *in abstracto* 'dur ve hiçbir bireysel vakıa olmasa da saptanabilir¹¹¹⁹.

Benzer bir örnek daha verelim¹¹²⁰.

N1: “Hayatı tehlike altında olan birini kurtarmak zorunludur.”

N2: “M tipi tesislere girmek yasaktır.”

Burada, ne normların içerdiği eylemler aynıdır, ne de biri diğerinin negatiftir. Burada bir çatışma olabilmesi için ilgili genel durumlar arasında bir örtüşme olmalıdır¹¹²¹. Bu örtüşme örneğin normların aynı kişiye hitap etmesi şeklinde olabilir. Bu normlara göre, M tipi olmayanların yerleşkelerinde hayatı tehlikede olan birini kurtaran kişi,

¹¹¹³ *Ibid.*, 733.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, 734.

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ Vurgu Martinez-Zorrilla'ya aittir.

¹¹¹⁸ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 734.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 43.

¹¹²¹ *Ibid.*

ikincisini ihlal etmeden birinci normla uyumlu davranmış olacaktır. Ancak kurtarma, M tipi bir yere *giriş yapılarak* gerçekleştiğinde çatışma ortaya çıkacaktır¹¹²². Demek ki yalnızca özdeş veya genel durum ve bunların birbirini olumsuzlamasına bakmak yeterli değildir¹¹²³.

Bu tür çatışmaları anlamak için “eylem üretimi” (*act generation*) kavramına¹¹²⁴ başvurmak faydalı olabilir. Eylemler arasındaki üretim ilişkilerine göre, eğer bir kişi A aracılığıyla B yapıyorsa, ilk eylemin (yani A) sonrakini (yani B) oluşturduğu söylenir. Başka bir ifadeyle, çatışmanın ortaya çıkması için bir eylem türü, diğer eylem türünü örneklendirir¹¹²⁵.

Öte yandan, söz konusu normlar tutarlı olsa bile çatışma¹¹²⁶ durumlarıyla karşılaşmak mümkündür. Sıkı ampirik koşullara dayanan bu tür çatışmaları, Rodrigues “enstantene çatışmaları” (örnekleme çatışmaları, *conflicts of instantiation*) olarak adlandırır¹¹²⁷. Kişi mantıksal olarak uyumlu olan uygulanabilir tüm normları, bireysel davanın ampirik koşullarından ötürü kullanamaz¹¹²⁸. Normların mantıksal yapısına değil de, bireysel davanın somut şartlarına bağlı olan bu çatışma *in concreto* olarak değerlendirilir¹¹²⁹. Kişinin maddi durumu nedeniyle, konusu para olan iki borcundan birini ödeyememesi, buna örnek gösterilebilir¹¹³⁰. Normatif çatışma olarak kabul

¹¹²² *Ibid.* Kişi alana giriş yapmadan, mesela itfaiyeyi çağırarak da bu kurtarmayı sağlayabilir. *Ibid.*

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 43’nin aktardığı kadarıyla bu kavram Goldman’a aittir. (A. Goldman, *A Theory of Human Action*, Princeton: Princeton University Press, 1970).

¹¹²⁵ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 43.

¹¹²⁶ Esasen Martinez-Zorrilla yalnızca çatışma değil, “normatif çatışma” durumlarıyla karşılaşacağını belirtmiştir. Biz bu tür çatışma türünü normatif olarak kabul etmiyoruz. Normların mantıksal olarak uyuşmaması bir yana, mantıksal yapıları arasında bir bağlantının olmadığı ve sıkı ampirik koşullara dayanan bu tür çatışmaları Martinez-Zorrilla’nın neden normatif çatışma olarak belirttiğini anlamış değiliz. Zira yazarın bütün açıklamaları aksi yöndedir.

¹¹²⁷ Rodríguez, J. L., *Lógica de los sistemas jurídicos* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales’ten aktaran Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 734.

¹¹²⁸ *Ibid.* Bir normun gelir vergisi ödeme ödevi yüklediğini, diğerinin bir sözleşmedeki satıcıya aldığı hizmet ve malların parasını ödeme ödevi yüklediğini varsayalım. Bu normlar uyumludur, çünkü deontik karakter aynı ödevdir. İçerikler mantıksal olarak birbirinden bağımsızdır. Ancak, kişi bireysel olarak her bir ödevle uyumlu olabilir diye düşünülse de, ikisine birden uymayabilir (örneğin yeterli parası yoktur.) Bu nedenle de bu tür çatışmalar *in concreto*’dur. *Ibid.*, 735. Bu çatışma türündeki ilişki “iki veya daha fazla eylem/ bir veya daha fazla norm”dur. *Ibid.*, 740.

¹¹²⁹ *Ibid.*, 735.

¹¹³⁰ Nitekim bu çatışma türünde iki veya daha fazla genel normun içerilmesi şartı yoktur. Birine iki uyumsuz söz verildiğinde, tek bir genel norm dahi çatışmaya neden olabilir. Bir genel norm iki spesifik ödevin kaynağı olabilir. Tek bir norm kendi kendisiyle çelişmediği sürece uyumsuz olmaz,

edilemeyecek ve tamamen ampirik koşullara bağlı olan bu çatışma türü bizim çalışmamızla alakalı değildir.

Peki, anayasal hakların çatışması bu iki kategoriden birinde değerlendirilebilir mi? Anayasal hak çatışmalarının standart anlayışının, cevap olarak verdiği ikinci tezi tekrar hatırlayalım. İkinci tez, anayasal haklar arasındaki çatışmaların mantıksal olarak tutarlı olduğunu iddia ediyordu. Bu nedenle çatışmalar somut davadaki spesifik ampirik koşullar nedeniyle ortaya çıkar. Dolayısıyla da anayasal haklar arasındaki çatışmalar somutturlar.

Normatif çatışmaların, mantıksal bağdaşmazlıklardan çok, ampirik koşullardan ötürü çıktığı iddiası, bu tezi daha makul kılar. Ancak şu aşamada ikinci tezin doğruluğu çok da sağlam değildir. Normatif çatışmaların ampirik koşullardan dolayı ortaya çıkması, tek başına tüm anayasal hak çatışmalarının da böyle olduğunu göstermez. Birçok anayasal hak çatışması *enstantene* çatışması değildir; ampirik değildir yani, mantıksaldırlar¹¹³¹.

Aslına bakıldığında, yasa koyucu (normatif otorite) aynı davranışı mantıksal olarak bağdaşmaz şekilde düzenlediğinde (örneğin ifade özgürlüğünü yasaklamak ve izin vermek), soyut açıdan bakıldığında, *in abstracto* çatışma ihtimali inkar edilemez. Aynı durum, normatif otoritenin- farklı eylemleri kabul edip aynı zamanda dışlayarak-mantıksal olarak bağdaşmaz şekilde düzenlemesi halinde de olur. Örneğin ifade özgürlüğü mutlak özgürlükken, diğer bir normun yayını sansürlemeye izin vermesi gibi. Bu durumlarda, bu unsurlar anayasal haklarda içerilmiş olsalar bile *in abstracto* karşıtlıklar ortaya çıkar. Ne var ki anayasal metinler, bu tür *açık bağdaşmazlıklar* içermekten ziyade, daha güç algılanan ve zor olanları içerir. Her halükarda, anayasal haklar arasında teorik karşıtlık ihtimali vardır ve bu ikinci tezin yanlışlığını gösterir¹¹³². Kısaca özetlersek; anayasal metinler hemen açıkça anlaşılacak bağdaşmazlıkları pek içermeseler de teorik olarak böyle bir karşıtlık olması ihtimali her zaman vardır. Öyleyse çatışmaların sadece somut olaya bağlı olarak ortaya çıktığı ve *in abstracto* olmadığı tezi yanlıştır¹¹³³.

ancak bireysel davanın ampirik koşullarından ötürü normatif çatışma ortaya çıkabilir. *Ibid.* Belirttiğimiz gibi burada ortaya çıkan çatışmayı, biz normatif çatışma olarak kabul etmiyoruz.

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² *Ibid.*, 736.

¹¹³³ *Ibid.*

Örnek olarak, kişinin haysiyet hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki bir çatışma haline bakalım. İlk bakışta, aralarında kavramsal bir karşı pozisyon veya bağdaşmazlık yoktur. En azından *prima facie* olarak, bu normlar farklı davranışları, mantıksal olarak bağımsız alanları düzenler¹¹³⁴. Karşıtlık veya deontik çelişkilerde, aynı eylem veya davranış deontik karaktere aykırı olarak düzenlenir. Bu nedenle çatışma kaçınılmazdır. Dahası, çoğu davada, ifade hürriyetini başkasının haysiyetini zedelemeksizin kullanabiliriz, ifade hürriyetine zarar vermeden başkasının haysiyetine saygı duyabiliriz¹¹³⁵. Fakat belirli koşullar altında, sözel ifadelerin belirli çeşitleri, kişi haysiyeti üzerinde olumsuz etkiye sahip olabilir. Yine de görünen, çatışmanın bireysel davanın ampirik koşullarına ilişkin olduğu ve bu nedenle *in concreto* olduğudur¹¹³⁶.

Martinez-Zorrilla'ya göre, yalnızca bireysel davanın ampirik koşullarına bağlı olması anlamında birçok anayasal hak çatışması aslında *in concreto* değildir. Ancak aynı zamanda çatışmadaki anayasal haklar arasında mantıksal bir bağdaşmazlık da yoktur. Yazara göre, norm çatışmasında üçüncü bir kategori vardır ve en azından bazı (belki de birçok) anayasal hak çatışmaları buraya aittir. Yazara göre, “bu çatışmalarda, normlar mantıksal olarak bağdaşmaz değildirler, ancak çatışmalar mantıksal sebeplerden dolayı çıkar. (Bu mantıksal sebepler de *in abstracto* 'dur)”¹¹³⁷.

Martinez-Zorrilla'ya göre, ifade özgürlüğü ile haysiyet hakkı veya basın özgürlüğü ile özel yaşamın gizliliği arasındaki çatışma gibi birçok anayasal hak çatışması, ne doğrudan klasik kural çatışmalara ne de ampirik koşullara dayalı *in concreto* çatışmalara dahil edilebilir. Bu üçüncü çatışma kategorisi; karşıtlıklar (deontik bağdaşmazlıklar) ve sıkı ampirik koşulların sebep olduğu çatışmalar arasında, yazarın “bağlamsal karşıtlıklar” (*contextual antinomies*) dediği üçüncü bir mevkiyi (*a tertium genus*) teşkil eder¹¹³⁸.

Bu açıdan bakıldığında, ifade özgürlüğü, en azından *prima facie*, kişinin kendi fikrini ifade etmesi veya herhangi bir konuda bakış açısını ifade etmesi genel eylemi için bir izin olarak yorumlanabilir. Bu anlamda, muhtemel bireysel bir eylem, hukuki olarak

¹¹³⁴ *Ibid.*

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ *Ibid.*, 737.

¹¹³⁷ *Ibid.*, 729, 737. “In these conflicts, the norms involved are not logically inconsistent, but the conflict arises necessarily for logical reasons (so, they are also conflicts in *abstracto*.” *Ibid.*, 737.

¹¹³⁸ *Ibid.*, 729, 740, 742.

bu genel eylemin örneği olarak izinli olacaktır. Benzer şekilde kişinin haysiyet hakkı, kişinin kamusal yansımalarının, imajının, itibarının zarar görmesinin yasaklanması olarak anlaşılabilir. Genel eylem kişinin haysiyetine zarar veren muhtemel her bireysel eylemi içerecektir ve dolayısıyla bu eylemlerin hepsi yasak olacaktır¹¹³⁹.

Martinez-Zorrilla İspanya Anayasa Mahkemesinden gerçek bir uyuşmazlık örneğine yer verir¹¹⁴⁰. Dava konusu, judo atletinin eski İspanya Judo Federasyonu başkanı hakkında söyledikleri, örneğin atletleri tehdit ettiği yönündeki ifadeleridir. Bu iddiaların başkanın itibarına olumsuz etkisi olduğu açıktır. Olaya bakıldığında bir yandan ifade özgürlüğü, ancak öte yandan kişinin haysiyet hakkına zarar vardır. O halde iki normun altında altlanabilir bireysel bir davayla karşı karşıyayız ki aynı davranış hem izin verme hem yasaklama anlamında çelişkiye yol açmaktadır¹¹⁴¹.

Belirli bir durumda, kişi C koşulları altında genel A eylemini yapabilirse (A ve B nin örneği olan), genel eylem B'yi yapmaktan kaçınması gerekir. Bu bağdaşmazlık mantıksal sebeplere dayalı olduğu için, bu tür çatışmayı *in abstracto* değerlendiririz¹¹⁴². Bu tür çatışma, hem deontik bağdaşmazlıktan veya karşıtıktan hem de sıkı ampirik koşullara dayanan çatışmalardan farklıdır¹¹⁴³. Elbette olay bir hukuki uyuşmazlık halinde mahkemenin önüne geldiğinde mahkeme ilgili eylemin tek bir anayasal hakkın altında altlanabileceğini belirtecektir ki çatışma çözülmüş olsun. Ancak bu durum, bu aşamada soyut olarak bakıldığında aynı eylemin iki anayasal hakkın da genel ifadesi altında altlanabileceği şeklindeki önermeyi yanlışlamaz.

Sonuç olarak anayasal hakların çatışması, çoğunlukla hem deontik bağdaşmazlıklara hem de sıkı ampirik koşullara dayalı çatışmalardan farklı olan çatışmalar kümesini oluşturur. Nitekim güncel hukuki sistemlerde, anayasal haklara dayalı uyumsuz iddialarla karşılaşmak olağandır. Örneğin, bir bilginin yayınlanmasının özel hayat, mahremiyet, haysiyet, itibar, prestij veya kişinin kamusal yansımaları üzerinde negatif etkileri olabilir¹¹⁴⁴. Bilgi ve/veya ifade özgürlüğü açısından bakıldığında, yayın, en azından *prima facie*, hukuki olarak izinlidir, çünkü hakkın uygulanmasıdır. Tam

¹¹³⁹ *Ibid.*, 737.

¹¹⁴⁰ STC 3/1997 13th January'den belirten *Ibid.*, 738.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, 729.

tersine, özel hayat ve/veya haysiyet, prestij açısından baktığımızda, çok benzer eylemin yine *prima facie* olarak hukuki olarak yasaklanacaktır, çünkü bu alan da anayasal hak tarafından korunmaktadır. Bir yandan bir anayasal hak yayına izin veren bir gerekçe, diğer yandan başka bir anayasal hak bu yayını engelleme veya bloke etmeye dönük bir gerekçe sağlar¹¹⁴⁵.

Biz Martinez-Zorrilla'nın bu ayrımını çok önemli buluyoruz ve çoğu anayasal hak çatışmasının yapısını aydınlattığını düşünüyoruz. Ancak yazarın görüşlerini bazı noktalarda şerh düşerek kabul ediyoruz. Bunu açıklamadan önce, yazarın yaptığı kategorileştirmeyi tekrar kısaca gözden geçirelim. *Birincisi*, iki normun deontik olarak bağdaşmaz olması durumudur ve dolayısıyla öngörülebilir olan çatışmalar, yani klasik çatışmalardır. Anayasal hak çatışmalarının bu kategoriye girme ihtimali yok gibidir. Girse dahi bu çatışmalar klasik norm çatışma ilkeleriyle çözülemeyecektir. Bu ilkelerin anayasal hak çatışmalarıyla ilişkisini birinci bölümde ayrıntılarıyla ortaya koymuştuk.

İkincisi, bizim çalışmamızın konusu dışında kalan tamamen ampirik koşullara dayalı çatışmalardır. Burada bir veya daha fazla norm vardır; ancak kişinin kendi somut koşullarından ötürü iki norma da uyması mümkün değildir. Burada mantıksal bir bağdaşmazlık yoktur.

Üçüncü kategori ise bizim için en önemli olan kategoridir. Matinez-Zorrilla'ya göre, üçüncü kategoride normlar mantıksal olarak bağdaşmaz değildir; aksine farklı ve bağımsız genel eylemleri düzenledikleri için uyumludur. Ancak iki genel eylemin de altına girebilecek bireysel eylem gerçekleştiğinde çatışma ortaya çıkmaktadır. Mantıksal sebeplerle değil! Bu da *in abstracto* değerlendirilebilecek, kendi başına bir normatif çatışma kategorisi oluşturur¹¹⁴⁶.

Şimdi yazarın görüşlerini değerlendiresek; bizce her şeyden önce anayasal hak çatışmalarının norm çatışmaları olduğunu kabul etmek gerek. Şöyle düşünelim. İfade özgürlüğü normunun ve bu normda öngörülmüş genel eylem tamamen sayamayacağımız kadar durumu ifade edecektir: x₁, x₂, x₃, x₄, x₅, x₆... gibi. Haysiyet hakkının korunması da diğer şeylerin yanı sıra yine sayılamayacak birçok ifadeye maruz kalmamayı

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, 729-730.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, 739.

gerektirecektir: $y_1, y_2, y_3, y_4, y_5, y_6 \dots$ gibi. Dolayısıyla iki norm için de kapsamı tamamen belirlenemeyecek bireysel eylem kümesi vardır. Ancak iki kümenin çakıştığı bir ortak küme alanı vardır ve burada aynı eylemler bulunacaktır. Bakıldığı zaman x bireysel eylemleri ile y bireysel eylemleri birbirinden farklıdır. Yine de şunu öngörebileceğiz. X_8 diyelim ki kişinin “sen hırsızısın” demesi eylemidir. İfade özgürlüğü kapsamında, hak sahibi bunu söyleyebilecektir. Y_{20} 'nin de haysiyet hakkı kapsamında kişinin kendisine “sen hırsızısın” denilmemesi hakkı vardır. İşte x_8 ile y_{20} aynı bireysel eylem olup, farklı genel eylemlerin altına girebileceklerdir. Anayasal hak çatışmalarını diğerlerinden farklı yapan da budur: Anayasal hak öznesinin bireysel eyleminin, ancak sınırlı olarak öngörülebilmesi.

Martinez-Zorrilla'ya göre, çatışmaya giren normlar arasında mantıksal bir tutarsızlık yoktur. Ancak bize göre, farklı genel eylemleri düzenleyen anayasal hak normları arasında tutarsızlık ancak *ilk bakışta* reddedilebilir. Fakat yukarıda da izah ettiğimiz gibi, aslında normlar öyle düzenlenmiştir ki bir yerde çakışacakları kesindir. Dolayısıyla anayasal hakların çatışmasının hem norm çatışmaları hem de *in abstracto* çatışmalar olduğunu söyleyebiliriz. Yalnızca normlar arasındaki bağdaşmazlıklar çok açık değildir ve zor algılanır. Sonuç itibarıyla anayasal hak çatışmalarının norm çatışmaları olduklarını kabul etmekle beraber, aynı eylem veya durumun birbirinden zıt deontik karakterde düzenlendiği klasik çatışmalardan ayırmak amacıyla Martinez-Zorrilla'nın yaptığı “deontik çatışma, ampirik çatışma ve bağlamsal karşıtlıklar” şeklinde yaptığı ayrımı başvurarak anayasal hak çatışmalarının “bağlamsal karşıtlıklar” a girdiğini kabul ettik.

Martinez-Zorrilla anayasal hak çatışmalarının gerek normatif çatışma ile ilişkisini, gerekse de bu bağlamda soyut veya somut aşamada ortaya çıkış ilişkisini, bizce anayasal hakların çatışması meselesinde adeta taşları yerine oturttuk. Yazar, özellikle anayasal hak çatışmaları üzerine odaklandığı için kendisinin görüşlerinden yararlandık. Esasen yazarın hak çatışmaları için belki de özgün denilebilecek bu ayrımının temellerini Elhag, Breuker ve Brauwer yazarların görüşlerinde de görüyoruz.

Elhag, Breuker ve Brauwer, “normatif çatışmayı” yalnızca normlardaki deontik operatörlerin (*operators*) birbirine uygunsuzluğuyla kısıtlayan görüşe karşı çıkmakta¹¹⁴⁷ ve “normatif bilgi”nin (*normative knowledge*)¹¹⁴⁸ yanı sıra “dünyevi bilgi”nin (*world knowledge*) de hesaba katılması gerektiğini savunmaktadırlar¹¹⁴⁹. Dünyevi bilgi normatif bilginin aksine açıklayıcıdır ve buyurucu değildir. Dünyevi bilgi, normatif bilginin amaçladığı dünyanın soyut tanımını içerir ve genelde yasada açıkça yer almaz. Bu bilginin önemli bir bileşeni, hukukta kullanılan kavramların tanımlarını içeren tanımsal veya terminolojik bilgidir¹¹⁵⁰. İşte anayasal hak çatışmalarının ortaya çıkışı da normatif bilgi ile dünyevi bilginin bir araya gelmesinden kaynaklanır¹¹⁵¹.

Aslında yine normatif çatışma kabul edilebilecek anayasal hak çatışmalarını bu şekilde açıklayarak “bağlamsal karşıtlıklar”a koymak, bir nevi pedagojik bir ayırım dahi olarak kabul edilebilir. Böylelikle anayasal hak çatışmalarının yapısına dair birçok ipucu elde etmiş ve bu ipuçlarından yola çıkarak çatışma çözümü için genel çıkarımlarda bulunmuş oluruz. Aşağıda bu genel çıkarımları açıklayacağız.

4. Anayasal Hak Çatışmalarının *In Abstraco* Olmalarının Sonuçları

Anayasal hak çatışmalarının açıkladığımız şekilde normatif çatışmalar karşısındaki bu kendine özgü denilebilecek sınıflandırması, bizim, çalışmamızı neden bir “normlar çatışması” değil de, “anayasal hakların çatışması” incelemesi olarak ele aldığımızı da kısmen göstermektedir. Anayasal hak çatışmalarının çoğunun girdiği bu kendine özgü kategoride, çatışmalar *in abstracto* değerlendirilse de bu çatışmaların somut olayla yani ampirik koşullarla yüksek bir bağlantısı vardır. Anayasal hak çatışmaları, normatif çelişkileri ortadan kaldırma yolunda yalnızca teknik bir zorluğa değil, aynı zamanda olgusal bir soruna da karşılık gelmektedir¹¹⁵². Bu durum, anayasal hakların

¹¹⁴⁷ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 36, 37, 41.

¹¹⁴⁸ “Normatif bilgi” bir davranışı zorunlu, izinli veya belli koşullarda yasaklı kılan hukuk kurallarına atıf yapar. *Ibid.*, 36.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, 37.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, 35.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, 41.

¹¹⁵² Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 40.

çatışmaları için bir kademelenme düzeni veya genel düzenleme şeklinde herhangi bir geniş kapsamlı çözüm modeli sunmayı da zorlaştıran önemli bir sebeptir¹¹⁵³.

Peki, o halde çatışmalar *in abstracto*'dur dememiz, bize ne kazandırır? Bu soruya öncelikle ifade özgürlüğü ile haysiyet hakkının çatışması örneğinin yardımıyla, buradaki çatışmanın *in abstracto* çatışma değil, aslında *in concreto* olduğu şeklinde yöneltilen itirazla¹¹⁵⁴ beraber cevap verelim. Bu örnekteki çatışmanın spesifik şartlara bağlı olduğu ve *in concreto* olduğu iddia edilebilir. Her iki eylemin de altına girme ihtimali olduğu için, çatışmaya yol açacak koşulların *in abstracto* öngörülmesinin mümkün olmadığı kabul edilebilir¹¹⁵⁵. Ancak bu durum, çatışmanın *in abstracto* olarak değerlendirilemeyeceği anlamına gelmez.

Bağdaşmazlık ve çatışma, belirli davalar belirli özelliklere sahip olduğunda ortaya çıkmaktadır. Bu özellikleri karşılayan her bireysel durum -durumun bu spesifik ampirik koşulları açıkça belirsiz olsa da- çatışmaya sebebiyet verecektir. Hangi bireysel eylemin ortak olarak bu iki genel eylemin de altında altlanabileceğini her zaman tahmin edemeyiz. Bununla beraber durum “klasik” karşıtlıklara benzediği sürece, bireysel çatışma davasını tahmin edemesek de, her zaman belirli bir bireysel eylemin bazı özelliklere sahip olduğunu (normun uygulamasının koşulları kapsamında olduğunu) ve çatışma olacağını bilebiliriz¹¹⁵⁶. Yani sonuçta ifade özgürlüğünün, yeri geldiğinde kişilik hakkı ile

¹¹⁵³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 5. Gözler de, çatışan hak veya özgürlüklerden hangisinin korunurken, diğerinin sınırlanacağını önceden bilinmesi gerekliliğine, ancak bunun zorluğuna dikkat çekmektedir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 251.

¹¹⁵⁴ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 739.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, 740. Anayasal hak normları arasındaki çatışmayı *in concreto* değil, *in abstracto* kabul eden bir diğer çalışma için bkz. Burazin, “Conflicts between Fundamental Rights Norm”. Burazin anayasal hak çatışmalarını, belirli bir anayasal hak normunu harekete geçiren/örneklendiren/somutlaştıran (*instantiating*) açık bir yasal kural (*an explicit statutory rule*) ile başka bir sınırlandırıldığı iddia edilen temel hak normundan psödolojik (*pseudological*) yollarla “türetilen” bir kapalı kural arasındaki çatışma olarak tanımlar. Dolayısıyla yazar anayasal hak çatışmalarını, iki kural (açık ve örtük kural) arasındaki çatışma olarak gördüğü için *in abstracto* olarak değerlendirir. *Ibid.*, 114. (Gerçi yazar aynı sebeple anayasal hak çatışmaların kısmi (*partial-partial*) değil tam çatışmalar (*total-total*) olduğunu iddia eder ki biz buna katılmadığımızı açıklayacağız.) Yazarın açık kural ve kapalı kural çatışması diye anayasal hak çatışmalarını tanımlarken neyi kastettiğini, verdiği örnek ile gösterelim. Böylece bu örneğin, bizim ana metinde verdiğimiz örnekten –temel olarak- pek de farklı olmadığını da görmüş olacağız. Yazar bu örneği Hırvatistan Anayasa Mahkemesinin bir kararından (Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, U-I-4537/2013 and U-I-4686/2013 of 21 April 2015) yola çıkarak verir: Hırvat Meclisinin kabul ettiği kural şudur: “Tütün ürünlerinin satış otomatlarından satılması yasaktır.” Bu Burazin’in verdiği tanımdaki “açık kural”dır ve esasen “herkes sağlıklı yaşam hakkına sahiptir” (Hırvatistan Anayasası madde 70) anayasal hakkının somutlaşması olarak kabul edilebilir. Bu kural şöyle formüle edilebilir. R1: “Otomatlardan tütün ürünleri satma imkanı varsa, böyle bir satış yasaktır.” Bununla birlikte bu kuralın sınırladığı iddia edilen bir hak daha vardır:

çelişeceği ve bir basın özgürlüğü uygulamasının de özel yaşamın gizliliği ile çatışabileceğini elbette öngörebiliriz. Bireysel davanın diğer ampirik koşulları ne olursa olsun, bireysel bir eylemin eşzamanlı olarak konuşma özgürlüğü ve başka birinin haysiyetine zarar vermesi olarak düşünülebileceği her durum, mutlaka bu sonuca yol açacaktır. Dolayısıyla, bu eylemi yapmak aynı anda izin verilen ve yasak olmandır. Bireysel vakaların ampirik koşullarını bilmeden durumun böyle olacağını belirleyebileceğimiz için çatışma *in abstracto*'dur. Bu, en azından bazı anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* olduğunu ve bu kategoriye (bağlamsal karşıtlıklar) ait olduğunu gösterir¹¹⁵⁷.

Bu açıklamamızın Kelsen'in norm çatışması tanımıyla tutarlı olduğu söylenebilir. Buna göre norm çatışması bir normu uygulamanın diğerini ihlal etmesi veya ihlal etme *ihtimali* taşıması halidir¹¹⁵⁸. Biz de burada bu "ihtimal" halini konuşuyoruz. Zaten çatışmanın iki norm arasında çıkma ihtimalini yeterli bulan Kelsen'in açıklamaları, özellikle "izin verici norm"lar ile "diğer normlar" arasındaki çatışmalar söz konusu olduğunda önemli hale gelir. Çünkü izin verici norm ile diğer normlar (herhalde bunun içinde de izin verici norm vardır) arasındaki çatışma, ancak normun verdiği izin uygulandığında ortaya çıkacaktır¹¹⁵⁹. Nitekim Vranes de Kelsen'in bu tanımına bu "normlardan biri izin verici norm olabilir" eklemesini yapmaktadır¹¹⁶⁰.

Yukarıdaki örnekten devam edersek, burada yazarın belirttiği gibi ilk bakışta anlaşılan bir mantıksal bağdaşmazlık yoktur. İki eylem de genel olarak mümkündür: Kişi düşüncesini ifade edebilir. Kişi başkasının haysiyetini zedelememelidir. Kişinin söylediği bir ifadenin başkasının haysiyetine zarar verme ihtimali olduğunda, Mahkeme burada çatışmayı çözecektir. Neticede çatışmalarda tipik olan, birçok olayı yöneten soyut genel anayasa normlarının dikkate alınarak, somut bireysel hukuki olaya karar verilmesi sürecidir¹¹⁶¹.

"Girişimcilik ve pazar özgürlüğü, Hırvatistan Cumhuriyeti'nin ekonomik organizasyonunun temelidir." (Hırvat Anayasası madde 49/1). Bu anayasal hak, otomatlardan tütün satmaya dair bir ifade içermez. İşte Burazin'e göre burada, açık kural dediğimiz kural ile çatışan kapalı (örtülü) kuralı anayasal haktan çıkarmak gerekir. Peki, bu anayasal hakkın (Hırvatistan Anayasası madde 49/1) somutlaşması olan "kapalı kural" nedir? Bu örtülü kural R2 ise şöyledir: "Otomatik satış makinelerinden tütün ürünlerini satma imkanı varsa, bu satışa izin verilir." *Ibid.*, 112-113.

¹¹⁵⁷ Martinez-Zorrilla, "The Structure of Conflicts", 747.

¹¹⁵⁸ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, 269.

¹¹⁵⁹ Canyaş, "Norm Çatışması", 135.

¹¹⁶⁰ Vranes, "The Definition of 'Norm Conflict'", 415.

¹¹⁶¹ Fohmann, "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich", 49.

Anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* olduğunu kabul etmek, belli bir oranda da olsa çatışma ihtimalini düşürebilmek anlamına gelir. Çatışmaları *in concreto* kabul eden ikinci tezin, hiçbir şeyin soyut anayasal hak çatışmalarını engellemeyeceği görüşünde olduğunu belirtmiştik. Bu bir anlamda yasama organının da çatışmada görevini hafife almaktır. Örneğin çatışmaları soyut düzeyde reddeden Fohmann¹¹⁶² anayasal hak çatışmalarının (nadiren meydana gelmesinin) ne hukuki, ne metodolojik ne de önleyici tedbirlerle engelleneceğini iddia eder. Çünkü çatışmanın normatif kökenleri, resmi şiddet tekelinin taşıyıcı öznelerinin anayasal hak düzenlemelerine bağlı olma ilkesine dayanmaktadır¹¹⁶³. Yazara göre, çatışma metnin yorumlamasıyla değil, bireysel vakalarda sonuçların somut uyumuyla ilgilidir¹¹⁶⁴.

Bizce anayasal hak çatışmalarının çok büyük bir kısmının bağlamsal çatışmalar kategorisinde olduğunu görmek, yasa koyucuya düşen rolü biçmeye de yardımcı olacaktır. Bu çatışmaları öngörebilmek, en azından öngörülebilecek birçok koşulu düzenlemek yasa koyucunun görevi olacaktır. Düşünceyi ifade etme eylemi, genel eylem olarak izinli olsa da, bireysel eylemi beklemeden dahi, kişi haysiyetine aykırı ifadelerin bu genel eylemin kapsamına girmeyeceği düzenlenebilir. Burada hakların somutlaşması ve sınırlarının çizilmesi söz konusu olacaktır. Bu görev öncelikle yasama organına aittir. Kendi anayasamızdan bir örnek verelim. Basın özgürlüğü kendi başına bir haktır (Anayasamız madde 28). Anayasamızda özel hayatın gizliliği de güvence altına alınmıştır. Normal koşullar altında bu iki norm arasında normatif bir uyumsuzluk yok gibi görünür. Ancak yine aynı şekilde bazı koşullar altında, basın özgürlüğü ile kişinin özel yaşam hakkının karşı karşıya geleceği de öngörülebilir. İşte bu şekilde kimi koşulların, yasama tarafından öngörülerek düzenlenmesi her zaman olasılık dahilindedir.

Anayasal haklar, soyut normlar oldukları ve teleolojik (amaçsal) bir yapıya sahip oldukları için genellikle hukuk sistemindeki farklı yasal kurullarla somutlaştırılır veya farklı hukuki kurullarda tezahür ettirilir¹¹⁶⁵. Neticede her hukuki sistem içinde anayasal hak normlarının tezahürü olan, yani bu normları yansıtan ve içeriklerini somutlaştıran kurullar dizisi vardır¹¹⁶⁶. Bunlar arasında anayasal hak normları arasındaki *muhtemel*

¹¹⁶² Bkz. bu çalışma dp. 1053.

¹¹⁶³ Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 50.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, 51.

¹¹⁶⁵ Burazin, “Conflicts between Fundamental Rights Norm”, 115.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

kesişmeleri düzenleyen -ceza kanunu, aile kanunu veya medya kanunu gibi- kurallar da vardır. Bu tür düzenlemeler aracılığıyla, anayasal haklar arasındaki olası çatışmalar önlenmiş olur¹¹⁶⁷.

Anayasal hakların özel hukuka etkisi kısmında, yasa koyucunun koruma yükümlülüğü bağlamında çatışmayı önleyecek düzenlemeler yaptığını belirtmiştik. Kamu hukukunda ise ceza hukuku çatışma çözüm aracı olarak önemli bir yere sahiptir. Yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, mülkiyet ve özel yaşam alanı gibi hukuki değerleri koruyarak bunların ihlalini cezai yaptırıma bağlayan ceza hukuku, böylece anayasal hak çatışmalarının ortaya çıkmasında önemli bir araca dönüşür¹¹⁶⁸. Örneğin hakaret suçunu düzenleyen normlar, serbest konuşma hakkı (ifade özgürlüğü) ile özel yaşam hakkı (birinin itibarını koruma hakkı) arasındaki olası çatışmayı düzenler. Bir başka örnek olarak telif hakkına ilişkin yasanın, ifade özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasındaki olası çatışmayı düzenlemesi verilebilir¹¹⁶⁹.

Elbette anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* değerlendirilmesi bütün çatışmaların öngörülebileceği anlamına gelmez. Ancak çatışmalarının bir kısmının yasal düzenlemelerle önlenmesi, dediğimiz gibi mümkün olabilir. Bununla beraber yargı merciilerine çatışmaları çözmek için hala çok büyük iş kalmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, çatışma konusu olay önüne bireysel başvuru olarak geldiğinde, yasa koyucunun bu dengelemesini değerlendirebilecektir¹¹⁷⁰. Aslında burada Mahkeme, örneğin bu ifadenin korunmayacağını, kişinin haysiyetine zarar vermesi nedeniyle koruma alanının dışında olacağını kabul ettiğinde bir çatışmanın değil, sadece norm uygulaması ve anayasal normların kapsamlarının uygulama alanlarının belirlenmesinin söz konusu olduğu iddia edilebilir. Ancak biz bu tür durumların da çatışma olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu eylemin hakkın koruma kapsamında olduğu *prima facie* olarak düşünülüyorsa bile bu durumda diğer hakla arasındaki çatışmanın varlığı kabul edilecek ve hangi hakkın geri çekileceği ya da hakların ikisinin de kısmen nasıl gerçekleştirileceği karara bağlanacaktır. Bu konuları

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 36.

¹¹⁶⁹ Burazin, “Conflicts between Fundamental Rights Norm”, 115.

¹¹⁷⁰ Bu konudaki bilgilere, “anayasal hak çatışmaları ile anayasal hakların özel hukuka etkisi arasındaki ilişki” başlığında ayrıntılarıyla yer vermiştik.

ikinci kısımda çatışma çözümlerini ele alırken ayrıntılarıyla inceleyeceğiz. Şimdilik çatışma kategorisi ve tipolojisiyle sınırlı kalalım.

F. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ TİPOLOJİSİ

Anayasal hakların ve anayasal hak çatışmalarının yapısını incelediğimize göre, artık anayasal hak çatışmalarının bir tipolojisini çizebiliriz. Anayasal hak çatışmaları farklı şekillerde ve koşullarda ortaya çıktığı için bir tipolojileştirme ve ortak payda bulmanın mümkün olmadığı iddia edilebilir¹¹⁷¹. Zira bazı anayasal hak çatışmaları yalnızca ilgili iki hak sahibini etkilerken, diğerlerinin geniş kapsamlı ekonomik, sosyal veya toplumsal etkileri vardır¹¹⁷². Biz, anayasal hak çatışmalarını yalnızca bireylerin hakları arasındaki çatışmalarla sınırladığımız için çok genel bir tipolojinin mümkün ve gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Hak çatışmaları tipolojisine dair bir çerçeve çizmemizin amacı; tipoloji ile çözüm arasındaki ilişkiyi göstermek, çözüme genel bir ışık tutmaktır. Hak çatışmalarının aşağıda açıklayacağımız şekilde tasniflenmesi, bir hak çatışmasında “hakkın feda edilmesinin boyutu nedir; hakkın tamamen mi kısmen mi uygulanması engellenir?” sorumuza da yanıt vermektedir. Tanımlanan özellikler mevcutsa, tipoloji bu çatışmaları daha aydınlatıcı şekillerde yorumlamaya yardımcı olabilecek bir çerçeve sunacaktır¹¹⁷³. Örneğin pratik uyuşum başlığında da göreceğimiz üzere, çatışmadaki haklardan biri tamamen geri çekilmeden diğerinin uygulanamayacağı tam hak çatışmasında, artık pratik uyuşumun uygulanabilirliği savunulamayacaktır.

Hak çatışmasının tanımında “ihlal” kavramının kullanılıp kullanılmayacağı dahi bu tipolojiye bağlıdır. Hatırlayalım, “kavramsal çerçeve” kısmında Bethge’nin anayasal hak çatışmasına ilişkin bir tanımında “ihlal” (zarar verme, *Freiheitsbeeinträchtigung*), diğer bir tanımında ise diğer unsurlar aynı kalmakla beraber “kısıtlama” (*Freiheitsbegrenzung*) kavramlarını kullandığına ve bu kavramların anayasal hak çatışmaları için önemine dikkat çekmiştik¹¹⁷⁴. Bu kavramlara neden önemli bir yer

¹¹⁷¹ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 28; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 5.

¹¹⁷² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 5.

¹¹⁷³ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 27.

¹¹⁷⁴ Bkz. Anayasal Hakların Çatışması Kavramının Tanımı.

verdiğimizizi yanıtlayacak başlıklardan birisi¹¹⁷⁵ budur. Aşağıda göreceğimiz üzere, tam hak çatışmasından bahsettiğimizde artık “ihlal”; kısmi hak çatışmasından bahsettiğimizde ise “kısıtlama” kavramları tanımımız için doğru kelimeler haline gelecektir. Dolayısıyla tipoloji, “anayasal hakların çatışması” kavramını tanımlamaktaki zorluğun sebebini de göstermiş olacaktır.

Çatışmanın pratiğe yönelik bir tipolojisini çizersek; temel olarak anayasal hak çatışmalarının iki türlü ayrımından bahsetmemiz gerekir. Birincisi, anayasal haklar tamamen veya kısmen bir çatışmaya yol açacak şekilde çatışabilirler. İkincisi, anayasal hakların çatışması, onları destekleyen normlar düzeyinde farklılaşır. Farklı anayasal hak normları veya aynı normun iki farklı örneklemelerde çatıştığına şahit olabiliriz. İlki (farklı) *haklar arasında*, ikincisi ise (aynı) *haklar içi* çatışmaya vücut verir¹¹⁷⁶. Aşağıda öncelikle ilk ayrıma, yani tam ve kısmi anayasal hak çatışmalarına bakalım.

1. Tam- Kısmi Çatışma Ayrımı

Anayasal hakların norm alanı, başka bir temel hakkın norm alanıyla kısmen veya tamamen çatışabilir. Bunların ne demek olduğunu açıklayalım.

a. Tam Anayasal Hak Çatışması

İki farklı hak arasındaki tam (*total*) çatışma ortaya çıkabilir. Bu durumda söz konusu anayasal hak tamamen dışlanmadan, yani kendisinden feragat edilmeden çatışmanın çözümü mümkün değildir¹¹⁷⁷. Çünkü normlardan hiçbiri, hiçbir koşulda bir diğerini ihlal etmeden, başka bir ifadeyle, diğeriyle çatışmadan uygulanamaz¹¹⁷⁸. Bu kategori, çatışmaları “tam-tam” (*total-total*), “tam-kısmi” (*total-partial*)¹¹⁷⁹ ve “kesişim”

¹¹⁷⁵ Bu kavramlara önem vermemiz gerektiğini gösterecek bir diğer başlık ise, sınırlama düzeyinde için sınırları ele aldığımız başlık olacaktır.

¹¹⁷⁶ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 26.

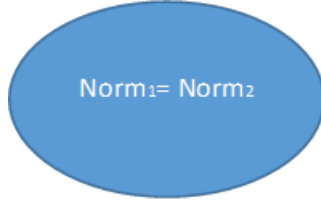
¹¹⁷⁷ *Ibid.*, 27.

¹¹⁷⁸ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 37, 41.

¹¹⁷⁹ Bu çatışma türünü, Ross özel norm-genel norm çatışması olarak adlandırmaktadır. Dolayısıyla birbiriyle bağlantılı bu iki normdan biri, diğeri ile çatışmaksızın uygulanamaz. Ross, *On Law and Justice*, 129. Ancak diğer normun (genel norm) öteki normla çatışmadığı durumlar vardır. Canyaş, “Norm Çatışması”, 133. Özel ve genel norm çatışmalarının, anayasal hak çatışmaları için neden işimize yaramadığını klasik çatışma kurallarını değerlendirirken açıklamıştık.

(*intersection*) çatışmaları olmak üzere üçe ayıran Alf Ross'un¹¹⁸⁰, “tam-tam” çatışma (mutlak çatışma) ayırımına denk gelir¹¹⁸¹.

Tam-tam norm çatışması her norm daire olarak sembolleştirilecek şekilde ifade edilseydi, iki dairenin birbiriyle tamamen çakışacağı bir bağdaşmazlık türü ortaya çıkacaktı¹¹⁸². Bunu gösterirsek¹¹⁸³:



Tam anayasal hak çatışmalarının, literatürde anayasal açmazlara karşılık geldiğini görürüz¹¹⁸⁴. (Ahlak açısından) Klasik örnek *Antigone* örneğidir. Bu örnekte dini yükümlülük olan bedeni gömmek; otoritenin emri ile çatışmaktadır¹¹⁸⁵. Bu felsefi ve ahlaki boyutu bir yana bırakıp, anayasal hak çatışmalarında rastladığımız kürtaj örneğini ele alalım. Eğer fetüsün yaşam hakkına sahip olduğunu kabul edersek, bu hak annenin kürtaj yapıp yapmama hakkı ile çatıştığında bu durum dramatik olacaktır¹¹⁸⁶.

Tam çatışma örneklerine, diğer ayrımlar çerçevesinde aşağıda daha fazla yer vereceğiz.

b. Kısmi Anayasal Hak Çatışması

“Kısmi çatışmalarda (*partial-partial conflicts*) her bir normun uygulama kapsamı arasında kısmi bir örtüşme vardır, yani belirli bir durum aynı anda her iki normun bir veya birkaç koşulunu yerine getirir ve iki normda örtüşmeyen başka koşullar vardır”¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁰ Ross, *On Law and Justice*, 128-129.

¹¹⁸¹ Bu çatışma türünün tam veya mutlak bağdaşmazlık olarak da adlandırılabilceğini Ross'un kendisi belirtir. *Ibid.*, 129.

¹¹⁸² *Ibid.*, 128-129.

¹¹⁸³ Bu gösterimi Elhag ve diğerleri yapmışlardır. Ancak Canyaş'ın da belirttiği gibi yazarlar bu sembolü yanlışlıkla kısmi çatışmanın altına, kısmi çatışma için verilmesi gereken daireler sembolünü de tam çatışmalarının altına yerleştirmişlerdir. Bkz. Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 37, 38. Canyaş, “Norm Çatışması”, 134.

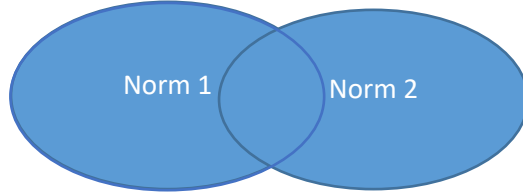
¹¹⁸⁴ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 22. Elhag, Breuker ve Brauwer da Zucca gibi gerçek çatışmayı (*genuine conflict*) bir ikilem (*quandry*) veya açmaz olarak kabul ederler. Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 41. Yazarlar “açmazları”ları karakteristik olarak bir yasak ve bir zorunluluk şeklindeki iki emri içeren çatışmalar olarak görür. *Ibid.*, 42.

¹¹⁸⁵ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 22.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ Sampaio, “Proportionality in its Narrow Sense”, 78.

Kısmi hak çatışması Ross'un ayrımında kesişim çatışmalarına¹¹⁸⁸ karşılık gelir. Burada Norm 1'in (N₁), Norm 2 (N₂) ile çatışmadan uygulanabileceği bazı durumlar vardır. Aynı şekilde N₂'nin de, N₁ ile çatışmadan uygulanabileceği durumlar vardır¹¹⁸⁹. Normların birbiriyle çatıştığı ve çatışmadığı alanlar mevcut olduğu için bu çatışma türünü, ortak kümesi olan iki küme şeklinde gösterebiliriz¹¹⁹⁰:



İki farklı hak çatıştığında, duruma göre bir düzenleme yapılma imkanı varsa burada kısmi çatışma söz konusudur. Kamu figürüne ilişkin haber gazetede yayınlanacak mı yayınlanmayacak mı sorunu çerçevesinde, özel yaşamın gizliliği (AİHS madde 8) ile ifade özgürlüğü (AİHS madde 10) arasındaki çatışma buna örnek gösterilebilir¹¹⁹¹. Buna dair haber yapan kişi ifade özgürlüğünden tam olarak yararlanamaz; çünkü belirli seçilmiş ifadelerin kullanımı yasaktır. Yayınlamanın sadece bir kısmı sınırlanacaktır¹¹⁹². Yine, basın özgürlüğü ile haysiyet hakkı arasındaki çatışmada kısmi örtüşme söz konusudur. Basın eylemi, basın özgürlüğü normunu hem kapsayan hem de etkinleştiren bir eylemdir, aynı zamanda haysiyet hakkının normuna bir müdahale eylemi de olabilir¹¹⁹³.

Bu çatışma tipinin, anayasal hak çatışmalarının normatif çatışmalarla ilişkisini anlattığımız kısımda belirttiğimiz gibi bağlamsal çatışmaları, yani anayasal hak çatışmalarının çoğunluğunun bulunduğu kategoriyi karşıladığı aşikârdır. Görünen o ki özellikle gerek literatürde gerekse de içtihatla anayasal hak çatışmaları konusu altında kısmi çatışmalarla ilgilenilmektedir ki bu nedenle de çözüm olarak sıklıkla hakların dengelenmesi savunulur. Bu da olağandır. Zira aslında çoğu hukuk sistemi, belirli bir

¹¹⁸⁸ Bu çatışma türünün, kısmi bağdaşmazlık veya kuralların örtüşmesi olarak da adlandırılabilirliğini Ross'un kendisi belirtir. Ross, *On Law and Justice*, 129.

¹¹⁸⁹ Sampaio, "Proportionality in its Narrow Sense", 78

¹¹⁹⁰ Elhag, Breuker ve Brouwer, "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", 38; Canyaş, "Norm Çatışması", 135.

¹¹⁹¹ Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 27. Benzer şekilde bkz. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 41.

¹¹⁹² Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 41.

¹¹⁹³ Sampaio, "Proportionality in its Narrow Sense", 79 (dp. 41).

insan davranışına ilişkin olarak iki anayasal hakkın örtüştüğü ve hükümlerinin (en azından kısmen) birbiriyle çatıştığı durumları kabul eder¹¹⁹⁴.

2. Farklı Anayasal Hak Normu Sayısına Göre Ayrım

Bir başka ayrıma göre anayasal hak çatışmaları, “haklar içi çatışma” (*intra-Grundrechtskollisionen, intra rights conflict*) ve “haklar arası çatışma” (*inter-Grundrechtskollisionen, inter rights conflict*) olarak ayrılır. Bunları aşağıda açıklayacağız.

a. Haklar İçi Çatışma

Aynı hukuki temele (hakka) dayanan hakların çatışmasında, “haklar içi çatışma”dan bahsedilir¹¹⁹⁵. Toplanma özgürlükleri arasındaki çatışmalar ve yaşam hakları arasındaki çatışmalarda bu çatışma türü söz konusudur¹¹⁹⁶. Örneğin iki toplantının yan yana konumlanması halinde, toplanma hakkı açısından *intra* anayasal hak çatışması vardır¹¹⁹⁷. Haklar içi çatışma, kendi arasında tam ve kısmi haklar içi çatışma olarak ayrılabilir.

Haklar içi tam çatışma, anayasal çelişkinin paradigmatik bir örneğini oluştururlar. *Jodie ve Mary* ikizler örneğinde olduğu gibi, böyle bir çatışmada iddialardan biri kabul edildiğinde, diğer iddiayı mutlak olarak reddetmiş, sonsuza kadar ortadan kaldırmış oluruz¹¹⁹⁸. Burada dava konusu olan yapışık ikizlerdir. Bir operasyonla bunlardan sadece biri kurtarılabilir. Tıbbi müdahalenin gerçekleşmemesi halindeyse ikisi de ölecektir¹¹⁹⁹. Mahkeme iki haktan birini seçmek ve diğerini tamamen dışlamak zorunda

¹¹⁹⁴ Barak, *Proportionality*, 89.

¹¹⁹⁵ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 42. Tek bir özgürlük olarak sigara içme özgürlüğüne dair, öznelerine göre sigara içme ve sigara içmeme özgürlüklerinin çatışması da örnek olarak verilebilir. Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 40. Tabii ki burada, diğer bir çatışan hak olarak sağlık hakkını dikkate alırsak çatışma türü değişecektir.

¹¹⁹⁶ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 42-43.

¹¹⁹⁷ Bu koşulda devlet, herkesin toplanma hakkını mümkün olan en iyi şekilde gerçekleşmesini sağlamalıdır. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 307.

¹¹⁹⁸ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 27. Heissl anayasal hak çatışmalarını tam veya kısmi anayasal hak çatışmaları (*Totale oder partielle Grundrechtskollision*) olarak ayırır. Yazar, haklar içi veya haklar arası çatışma ayrımı yapmaz. Ancak tam ve kısmi çatışma ayrımını sürdürür. Heissl’in tam anayasal hakların çatışması tanımı Zucca’nın tanımı ile birebir örtüşür ki zaten Zucca’ya da atıf yapar. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 40.

¹¹⁹⁹ The UK Court of Appeal 22.9.2000 B1/2000/2969. <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/03/EWCA-2000-In-re-A-Children.pdf> (erişim tarihi: 4.12.2021). Olayın daha açıklayıcı bir özeti için bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 29-30.

kalacaktır. Netice itibarıyla aile bu kararı kendi vermeyi reddedince, Mahkeme, Jodie'nin kurtarılması için Mary'nin öldürülmesi gerektiğine karar vermiştir¹²⁰⁰.

Haklar arası tam çatışmaya verilebilecek bir diğer örnek, AİHM'nin *Evans* kararıdır¹²⁰¹. Davaya konu olayı kısaca açıklayalım. Bayan Evans ile kocası tüp bebek üzerinde anlaştıktan kısa bir süre sonra, Evans'ın yumurtalıklarına hastalık teşhisi konulmuş ve bunun üzerine yumurtalıkları dondurulmuştur. Birleşik Krallık'ta kanun tarafından çok sıkı koşullarla düzenlenmiş bir prosedürde dair, kişilerin dondurulmuş embriyo üzerine rızalarını çekmeleri her zaman mümkündür. Nitekim bayan Evans ile kocası arasındaki ilişkinin sonlanması üzerine, Bay Johnston bu rızasını çekmiş ve döllenmiş yumurtaların kaldırılması için hastaneye başvurmuştur. Bayan Evans'ın bu konuda Yüksek Mahkemeden (*High Court*) koruma talebi ve ardından temyiz talebi ve nihayetinde de başvurusu AİHM'nin Dördüncü Daire ile Büyük Dairesince reddedilmiştir¹²⁰².

Dolayısıyla bu davada, kadının yani Bayan Evans'ın çocuk sahibi olmaya dair AİHS 8'inci maddeden çıkartılabilecek bir hakkı ile eski eşinin onayını geri almasına saygı gösterilmesi hakkı –bu da sekizinci madde tarafından korunur- çatışır¹²⁰³. O zamanki imkanlara göre bay Johnston'ın lehine karar verilmesi halinde, bayan Evans'ın anne olma hakkı sonsuza kadar elinden alınmış olacaktır. Bu nedenle burada tam çatışmadan söz edilebilir. Gerçi Zucca'nın deyiimiyle bir trajedi olarak adlandırılan bu olay, yine aynı yazarın deyiimiyle bu defa bir “mutlu son” olarak tarif edilmiştir. Çünkü 2007 yılındaki AİHM kararından 8 yıl sonra, 2015 yılında, teknolojik imkanların gelişmesiyle beraber, bayan Evans ilk çocuğunu doğurmuştur¹²⁰⁴. Bu karara anayasal açmazları ele alırken yeniden döneceğiz. Şimdilik çatışma türlerini değerlendirmeye devam edelim.

Haklar içi kısmi çatışmada, söz konusu hak aynıdır ancak, hakkın düzenlenmesi, pratik sebeplerle zaman, mekan ve uygulanma şekli olarak sorunlara yol açmaktadır.

¹²⁰⁰ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 23.

¹²⁰¹ AİHM (Büyük Daire), *Evans v. Birleşik Krallık*, B. No. 6339/05, 10.04.2007.

¹²⁰² Bkz. Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 19-20.

¹²⁰³ AİHM (Büyük Daire), *Evans v. Birleşik Krallık*, para. 73.

¹²⁰⁴ Lorenzo Zucca, “Law, Dilemmas, and Happy Endings”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems (Oxford: Oxford University Press, 2017), 95.

Böyle bir durum, diğer hakkın özünün hükümsüzlüğüne yol açmaz¹²⁰⁵. Bu çatışma türüne örnek olarak ise ifade özgürlüğü çatışmaları örnek gösterilebilir¹²⁰⁶. Örneği daha da açarsak; Neo-Nazi ve Neo-Komünist iki farklı grubun, aynı zamanda ve aynı yerde gösteri yapmak istemesi gibi¹²⁰⁷.

b. Haklar Arası Çatışmalar

Farklı anayasal hakların yer aldığı çatışma durumlarıdır¹²⁰⁸. Haklar arası çatışmalar da kendi içinde, haklar arası tam çatışmalar ve haklar arası kısmi çatışmalar olarak kategorize edilebilir.

“Haklar arası tam çatışmaya”, ötenazi talebinde ortaya çıkan kişinin yaşam hakkı ile karar verme gizliliği (*decisional privacy*) arasındaki çatışma örnek olarak gösterilebilir¹²⁰⁹. Bir yandan kişinin yaşam hakkı, öte yandan yaşamını sonlandırmak istemek yönünde karar verme özerkliği çatışır. Kişi burada iki haktan birini kullandığında diğerini kullanması mümkün olmadığı için bu çatışma tam çatışmaya örnektir. Tam bu noktada bir diğer çatışma ayrımı olarak; anayasal statünün içinde veya dışında (*internal-external*) olan çatışmalara bakalım.

Kişinin kendi farklı anayasal hakları arasında zor bir seçim yapma durumunda kaldığı ötenazi vakası, içsel (*internal*) çatışmaya örnektir¹²¹⁰. Biz daha önce çalışmamızın birçok yerinde, içsel çatışmaya denk gelen kişinin kendi anayasal hakları arasındaki çatışmayı çalışmamız dışında tuttuğumuzu belirtmiştik.

Dışsal (*external*) anayasal hak çatışması ise, bir kişinin temel hakkını diğer bireyin anayasal statüsüne zarar verecek şekilde kullanması ile ortaya çıkan, sıklıkla karşılaştığımız anayasal hak çatışmalarıdır¹²¹¹. Sık karşılaşılan tipik örnekler olarak, ifade

¹²⁰⁵ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 27.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, 26.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, 27.

¹²⁰⁸ Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 310; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 43.

¹²⁰⁹ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 26.

¹²¹⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 65. Zeynep Hazar bu ayrımı “harici çatışma” ve dahili çatışma” olarak çevirmeyi uygun görmüştür. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 32. Anladığımız kadarıyla Brems internal-external çatışma ayrımında internal çatışmayı, aynı anayasal hakkın farklı taraflarca ileri sürülmesinden kaynaklanan çatışma olarak anlamaktadır. Dışsal çatışma ise farklı anayasal haklar arasındaki çatışma olarak ana metinde açıkladığımız anlama gelir. Brems, “Conflicting Human Rights”, 302.

¹²¹¹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 65.

özgürlüğü ile özel hayata saygı hakları arasındaki çatışma¹²¹² ve adil yargılanma hakkı ile özel yaşamın gizliliği hakkı ya da ifade özgürlüğü hakkı arasındaki çatışma¹²¹³ gösterilebilir.

3. Diğer Çatışma Ayrımları

Kısmi ve tam hak çatışmaları (haklar içi ve haklar arası dahil) dışında, hak çatışmalarına dair farklı sınıflandırmalar da söz konusu olmuştur. Örneğin Blaesing *sübjektif anayasal hak güvenceleri ile objektif değer düzeninden kaynaklanan güvenceler* arasındaki çatışmaları birbirinden ayırır. İlki, somut olayda farklı anayasal hak öznelerinin sübjektif yetkilerinin üst üste binmesi; ikincisi hukuk düzeninin kalanına yansıyan birden çok, anayasal haklarda vücut bulmuş objektif değerlerin çatışmasıdır¹²¹⁴.

Blaesing'in ayrımı, yukarıdaki başlıkta yanıtlamaya çalıştığımız anayasal hak çatışmaları soyut düzlemde mi somut olaylarda mı ortaya çıkar sorusuyla doğrudan bağlantılıdır. Çoğu durumda anayasal hak çatışmaları somut bir olay kapsamında ortaya çıkar. Buna sübjektif çatışmalar (*subjektive Kollisionen*) denir. Bu durum, belirli koşullar altında, anayasal hak sahiplerinin sübjektif haklarının çatışması durumudur. Anayasal hakların kullanılması, doğaları gereği büyük ölçüde diğer anayasal haklarla çelişmeksizin gerçekleşir. Fakat anayasal hak çatışmaları, yalnızca anayasal hak sahipleri, anayasal haklarına dayandıklarında ortaya çıkar¹²¹⁵.

Blaesing'in sübjektif çatışmalar kavramının, bağlamsal çatışmalar dediğimiz anayasal hak çatışmalarının çoğunluğuna denk geldiği görülür¹²¹⁶. Burada asıl vurgu, çatışmanın somut olayda ortaya çıkmasına dairdir. Hatta yazar bu çatışmaları, normatif çatışmalar dediği objektif çatışmalar karşısında konumlandırmıştır. Buna göre, anayasal haklar birbirlerine karşı çatışma içinde olabilirler ki bu da objektif çatışmalara (*objektive Kollisionen*) yol açar. Bu çatışma, anayasal haklar birbirleriyle gerilim yarattığında ve birbirleriyle uyumlu olmadığı zaman ortaya çıkar¹²¹⁷. Öyleyse bunlar, norm

¹²¹² Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 32.

¹²¹³ Brems, "Conflicting Human Rights", 302.

¹²¹⁴ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 2. Ayrıca Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 41.

¹²¹⁵ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 41-42.

¹²¹⁶ Heissl da çoğu durumun bu çatışmaya örnek olduğunu belirtir. *Ibid.*, 41.

¹²¹⁷ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 219. Burada herhalde yazar ilkelerin çatışmasını (*Prinzipienkollision*) anlamaktadır. Bkz. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 42.

çatışmalarıdır. Herhangi bir hak taşıyıcısı ve dolayısıyla- anayasadan çıkarılabilen- sübjektif hak da gerektirmez; yalnızca anayasal hakların objektif içerikleri çatışır¹²¹⁸.

Tam bu noktada aslında soyut-somut düzlem tartışmasında da değinebileceğimiz, ancak burada yer vermemizin çok daha iyi olacağı bir konuya parmak basmak istiyoruz. Bunun için öncelikle sübjektif ve objektif anayasal hak çatışmalarına ilişkin genel değerlendirmemizi yapalım. Belli ki objektif çatışma ile kastedilen, anayasal haklar kullanımının talep edilmesi dahi ortada bir çelişkinin olduğunun fark edilebileceği çatışmalardır. Blaesing’in, bu çatışmayı norm çatışması olarak değerlendirmesinin nedeni de budur. Bu çatışmaların özellikle anayasal haklar söz konusu olduğunda çok nadir olduğunu belirten Blaesing, buna birkaç örnek verir. Örneğin grev hakkının (GG madde 9/3) işletme sahiplerinin girişim özgürlükleriyle (GG madde 14) çatışması, bu hak kullanılmaya başlanmadan dahi anlaşılabilir. Keza ebeveynler ile çocuklarının haklarının çatışacağı da aşikardır¹²¹⁹.

Sübjektif haklar olarak kastedilen çatışma, anayasal hakların kullanılmasıyla ortaya çıkar. Belirttiğimiz gibi bu nokta bizce bağlamsal çatışmalara denk gelir. Bu nedenle bunu, doğrudan Blaesing gibi normatif çatışmaya zıt bir yerde konumlandırmamıza gerek yoktur. Asıl mesele şudur ki anayasal hakların çatışması kavramını tanımlarken önemli bir kavrama dikkat çekmiştik. Çatışmanın tanımında yer alan, bir “hakkın kullanılması”, “uygulanması”, “iddia edilmesi” veya “hakka başvurmak” kavramlarının anayasal hak çatışmalarının normatif çatışmalar mı olduğu yoksa yalnızca olgusal düzlemde ortaya çıkan çatışmalar olarak mı görüleceği sorusuyla bağlantılı olduğuna dikkat çekmiştik¹²²⁰. Öyleyse bu açıklamalarımızı dikkate alarak artık anayasal hak çatışmaları için olan tanımda, çatışmalarının çoğunun ortaya çıkmaları için “hakkın talep edilmesi, yani kullanılmasının” gerektiği bilgisini ekleyebiliriz.

Yukarı paragraftaki açıklamalarımız, anayasal hak çatışmalarını *in abstracto* kabul etmemizle çelişkili görünmemelidir. Biz ilgili başlıkta, anayasal hakların ampirik koşullarla ve dolayısıyla uygulamayla arasındaki önemli bağlantısını ortaya koymuştuk.

¹²¹⁸ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 42.

¹²¹⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 220; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 42.

¹²²⁰ Bkz. “Anayasal Hakların Çatışması Kavramının Tanımı” başlığı altında dp. 113.

Bununla beraber, anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* olmasının sonuçlarına özellikle değinmiştik.

Hak çatışmalarının uygulamayla bağlantısının çatışma tipolojisine yansımaya gelirse; doğru çatışma türünün belirlenmesi, anayasanın rehberliğine ve yetkililerin bunları yorumlama biçimine bağlıdır¹²²¹. Kısmi veya tam çatışma, anayasal hakların kurumlarca yorumlanması ve bireysel yetkililer tarafından gerçekleştirilmesine bağlı olarak şekillenir. Anayasanın bu hakları çerçevelemesi ve görevlilerin onları uygulamasına bağlı olarak anayasal hakların çatışmasının türü değişir¹²²².

4. “Anayasal Açmaz”lar ile Hukuk Arasındaki İlişki

Yukarıda tam anayasal hak çatışmalarına, ikizler vakiasını ve kürtaj kararını örnek verdik. Lorenzo Zucca bu tür çatışmaları, çocuklarından birini seçemezse Naziler tarafından iki çocuğu da öldürecek olan Sophie’nin seçimiyle özdeşleştirir¹²²³. Bu tür çatışmalarda iki ölçülemeyen şey arasında seçim yapma zorunluluğu vardır. Haklardan biri kazanırken, diğeri kaybeder¹²²⁴. İşte Zucca’nın da vurguladığı husus, anayasal hak çatışmalarıyla (onun deyimiyle “açmaz”larla) karşılaşan mahkemelerin, insanlarla aynı bağa sahip olmasa da, kendini Sophie ile aynı pozisyonda bulduğudur.

İkizler vakasında esasen hakim kabul etmese de çocukların yaşamlarının niteliklerini değerlendirmekte ve böylece burada yaşamı, bedensel bütünlük ve özgürlükle (otonomi) tanımlamaktadır¹²²⁵. *Evans* kararına yeniden bakalım. Kadının talebi kabul edilirse adam ömür boyu bir yükün altına girmiş olacak. Adam haklı görüldüğünde ise kadının çocuk sahibi olma imkan ve beklentileri ortadan kaldırılmış olacak¹²²⁶.

¹²²¹ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 27.

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ Burada kastedilen Sophie’nin Seçimi (*Sophie’s Choice*) adlı filmidir.

¹²²⁴ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 24. Bu filme anayasal açmazlar bağlamında dikkat çeken bir diğeryazar için bkz. Turhan, “Hakların Çatışması”, 698.

¹²²⁵ *Ibid.*, 23. Gerçekten de iki kişinin yaşam hakkının sonlandırılmasına karşı en azından bir kişinin hakkını kurtarma ihtimali olan bu olayda, Mahkeme ikizlerden birini kurtarma yönünde karar vermiş ve bunu “rasyonel” görünen sebeplerle yapmıştır. Burada oybirliğiyle ikizlerden yaşama şansı daha az olan Mary’nin yaşam hakkından mahrum bırakılması (bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 29-31; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 117) tesadüfi değildir.

¹²²⁶ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 20. ECtHR (Büyük Daire), *Evans v. Birleşik Krallık*, para. 73.

Tüm bu anayasal açmaz örnekleri ile Zucca'nın parmak basmak istediği husus; bu tür çatışmalarda çözüme dair bir kılavuzun olmadığı ve hukuki gerekçelendirmenin doğru cevapları vermek için yeterli olmadığıdır¹²²⁷. Bu davaların rasyonel şekilde çözülememesine rağmen onları anlamak ve ciddiye almak gerekir. Nihai bir çözüm mümkün olmasa dahi bu tür çatışmalarla başa çıkılabilir¹²²⁸. Bu tür zor davalarda, seçim kaçınılmaz olarak önemli bir hakkı zedeler. Bu gerçek değersiz görülmemeli, ciddiye alınmalıdır¹²²⁹.

Yazarın bu çatışmalarla ilgilenmesinin asıl sebebi hukuki gerekçelendirmenin neleri başarıp neleri başaramayacağını göstermesidir. Bu tür çatışmalarda sınırlı bir hukuki gerekçelendirme vardır¹²³⁰. Bu şekilde yazar anayasal hak çatışmalarının en saf halini ortaya koyabileceği yani gerçek çatışmaları ayırt edebileceği iddiasındadır¹²³¹. Zucca'ya göre bu çatışmalardaki tercihler, mantıksal alana girmez. Örneğin *Evans* kararında birçok hakim, Bay Johnston'ın büyük bir sempatiyi hak ettiğini açıklamıştır¹²³².

Bu meselenin biraz hukuk felsefesi yönüne- yalnızca konumuzla bağlantılı olacak şekilde- bakalım. Bu konudaki meşhur örneklerden biri olan Lordlar Kamarası'nın (*House of Lord*), gemi enkazında kalan beş kişinin zayıf olanı yemesi vakıasına ilişkin 1884'deki Gemi enkazı kararıyla (*Shipwreck case*) başlayalım¹²³³. Mahkeme (haklara Kantçı bir yaklaşımla) mürettebatın bu kişiyi yemelerinin kabul edilemez olduğunu, bunun bir sebebi olamayacağını, yani mazur görülemeyeceğini söylemiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise ikizlerinin hayatta kalması için sezaryen tavsiyesini kabul etmeyen kadını ikizlerin ölümünden dolayı sorumlu bulmamıştır. Mahkemeye göre, burada çatışan haklar vardır ve annenin tercihi, kabul edilebilir olandır¹²³⁴.

¹²²⁷ Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 20.

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 57. Yazara göre burada şu önemli soru hala açıkta kalmaktadır: Hukuki gerekçelendirme anayasal çatışmalara uymuyorsa ne yapmamız gerekir? Zucca bu durumda, anayasal çatışmanın makul bir dar tanımını kabul edebileceğimizi gösteriyor. Bu da hukuki gerekçelendirmenin sınırlarının çok iyi tanımlanması demektir. Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 23.

¹²³⁰ *Ibid.*, 24.

¹²³¹ *Ibid.*, 25.

¹²³² *Ibid.*, 24.

¹²³³ *Regina v Dudley* 14 QBD 2'den atıfla Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 61.

¹²³⁴ *Ibid.*, 62.

Buradaki önemli nokta, *Gemi enkazı* ile *Sezaryen* davasındaki farklı tutumlara dairdir. İlkinde Lordlar Kamarası normatif bir uyuma izin veren hakların olmadığını varsaymaktadır. Zucca'ya göre, *Sezaryen* davasında ise Amerikan Yüksek Mahkemesi normatif uyumsuzluk hayaletinden korkmamıştır; annenin de doğmamış bebeğin de hakkının olması imkanını kabul etmiştir¹²³⁵. Buradan şu sonuca varmaktadır yazar: “Hakları normatif uyumsuzlıklardan kaçınmak için yorumlayamayız”¹²³⁶.

Yine hukuk felsefesinde çokça tartışılan Kulübe örneğine (*Cabin case*)¹²³⁷ bakalım. Bir fırtınada dağda aç kalan bir dağcının, bulduğu kulübeye camı kırarak girmesi, fırtına geçene kadar oradaki erzakları tüketmesi hali, mutlak hakların varlığı ve yokluğuna dair görüşlerden yola çıkılarak tartışılmaktadır¹²³⁸. Belirleme (*specificationist*) yaklaşımı burada hak çatışması ortaya çıkmayacak yorumlara başvuracaktır¹²³⁹. Oysa Zucca'ya göre şu unsurlar kabul edilirse esasen bu örneğin normatif bağdaşmazlıklarla dolu olduğu görülecektir: Kulübe sahibinin özel mülkiyet hakkı (1), mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak bu mülkiyeti çiğnememe yükümlülüğü (2) ve ormanda kalan kişinin kendi yaşam hakkı nedeniyle mülkiyet hakkını çiğneyebilmesi (3)¹²⁴⁰.

O halde yukarıdaki örneklerle bakarak aslında anayasal hakların çatışmasını çözme meselesinden ziyade, anayasal hakların çatışmasında bir hakkın feda edilip diğer hakkın lehine karar verilmesinin gerekçelendirilmesi üzerine mi konuşmalıyız? Her şeyden önce biz anayasal açmaz örneklerine temkinli yaklaşımdan yanayız. Şöyle ki anayasal hakların çatışmasının, hayatta karşımıza istisnaen çıkacak -ve esasen belki de çoğunlukla insan hayatının en özel denilen ve tercihen Devletin karışmaması gereken- *anayasal* açmazlarla özdeşleştirilmesini sakıncalı buluyoruz. Bu konu hukuk felsefesi için verimli ve üzerine kafa yorması keyifli bir alan olabilir ve muhakkak bunun pozitif hukuka yansımaları da vardır. Peki, gerek gemi enkazı gerek kulübe örneğinde olduğu gibi yaşam hakkının söz konusu olduğu bir alanda hukukun müdahale etmemesi gereken bir durum savunulabilir mi? Bu mümkün değil. Farkındayız. Nihayetinde mahkemeler önüne gelen

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ Bkz. Frederick, “Pro-Tanto versus Absolute Rights”.

¹²³⁸ Bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 43-52.

¹²³⁹ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 34.

¹²⁴⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 62.

uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdür¹²⁴¹. Üstelik modern devletlerde Devletin özel hukuk ilişkileri ile temasta olduğu ve dolayısıyla çözmekle yükümlü hale geldiği alan, gün geçtikçe genişlemektedir.

Zucca'nın tüm çalışması adeta hukukun çaresizliğini göstermek amacıyla yazılmış gibidir. Yazar bu tür konularda mantıksal bir alanın imkansızlığından bahseder, ama ölçülemez şeylerin arasında bir dengeleme çabası da olsa, neticede Mahkemenin kendi mantıksal alanı çerçevesinde verdiği bir kararın varlığı da iddia edilebilir. Örneğin Zucca'nın açmaz olarak gösterdiği *Evans* kararında bizce Mahkemenin yine de yürüttüğü bir mantık vardır. Bir adamın artık ilişki içerisinde olmak istemediği bir kadından çocuk sahibi olmak istememesini anlamak gayet mantıklıdır. Kaldı ki kanuni düzenleme kendisine her zaman bu konudaki rızasını çekme hakkı tanımıştır. Aynı iddia anne adayları için de öne sürülebilir görünür, ancak burada kadının anne olamayacak olması güvendiği adamın kararından cayması olarak görülse de asıl sebep nihayetinde kendi sağlığından kaynaklanan bir sorundur. Bay Johnston'a güven meselesi, tam da bizim esasen hukukun dışında kalması gerektiğini düşündüğümüz alana denk gelir. Nitekim yukarıda açıkladığımız üzere teknolojik gelişmelerle beraber Bayan Evans'ın anne olma imkanına kavuşması da olayda hukuki boyuttan ziyade olgusal boyutun ağır geldiğini gösterir.

Evans kararının sonucu üzerine zıt değerlendirilmelerin olması da yukarıdaki açıklamalarımızı teyit eder niteliktedir. Örneğin Brems, *Evans* kararının sonucunu savunmaktadır. Bu da insan hakları arasında çatışmanın ne olduğu ve bunun nasıl ele alınması gerektiğine dair bakış açısına göre sonucun değişebildiğini göstermektedir¹²⁴². Örneğin yine Zucca'nın açmaz olarak gördüğü İkizler kararına yönelik olarak, Köküsarı dengeleme yöntemine başvurarak haklardan birine öncelik vermenin mümkün olduğunu savunmaktadır¹²⁴³. O halde aslında yaşamın bazı alanları, hukuku, eldeki verileri değerlendirmekten yola çıkarak bir karar vermeye zorlar. Ancak bu karar Zucca'nın dediği gibi mantıksal bir değerlendirmeden azade değildir.

Zucca'ya göre anayasal açmazlarla yüzleşmekteki asıl vurgu şudur: Eğer gerçek anayasal hak çatışmalarını kabul edersek, tüm temel özgürlüklerin uyumlu, mutlu bir

¹²⁴¹ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 118.

¹²⁴² Brems, "Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights", 242.

¹²⁴³ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 119.

ailesini gerçekleştirmeyi bekleyemeyiz. Bazı davalarda iki anayasal hakkın da merkezi alanının korunması mümkün değildir. Biz ancak, feda edilenleri açıklayan kararları almamıza izin verecek bir çerçeve geliştirebiliriz. Başka bir ifadeyle, mükemmel biçimde uyumlu olamayan temel özgürlükler ailesindeki gerçek çatışmalara gözümüzü kapatamayız¹²⁴⁴. Bu konuda yazarın görüşlerini reddetmemiz mümkün değil. Her ne kadar hukuk düzeni hep bir ideal uyumu yakalamaya çalışsa da buna tamamen ulaşamayacağını çalışmamızın genelinde ifade ettik. Nitekim çatışmaları tanımak ve çözüm üretmek de bu ideale yaklaşmanın bir parçasıdır. Peki, bu çatışma türünün farkında olmak bize neyi kazandırır?

Bize göre anayasal açmazlarla çok istisnai olarak karşılaşırız ve hukuk bunları düzenlemeyi başardıktan sonra, bunlar istisnai ve öngörülemez olmaktan çıkar. Hukuk düzeninin bu tür çatışmalarla başa çıkma yolları vardır. Biz hukuk sistemlerinin bu tür durumlar için genel de olsa düzenlemeler yaptığı ve dolayısıyla çatışmayı görmekten kaçınmadığı düşüncesindeyiz. Örneğin meşru müdafaa veya zorunluluk hali gibi hukuksal kurumları düzenlemiş olan (örneğin Ceza Kanunlarındaki) hükümler çatışma çözümü için de genel bir kılavuz çizmiş demektir. Zeynel T. Kangal'ın ifade ettiği gibi, zorunluluk hali bakımından her somut olay için hangi hukuksal menfaatin daha üstün tutulması gerektiğini gösterecek genel bir kural koymak mümkün olmasa da, genel bir hüküm getirmek yeterli olabilecektir. Böyle bir hüküm ise çatışan menfaatler arasında kurtarılan menfaatin ihlal edilen menfaatten daha üstün olması gerektiğini gösterecektir. İlgili hükümdeki koşulların yerine getirilip getirilmediği ve dolayısıyla hükmün uygulanıp uygulanamayacağını belirlemek ise artık hâkime kalacaktır.¹²⁴⁵ Bu konu, aslında anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* olmasının sonuçları dolayısıyla bazı olası çatışma durumlarının yasa koyucu tarafından öngörülerek çözülmesi veya başka bir deyişle, engellenmesi ile doğrudan bağlantılıdır. Konuya ilişkin daha fazla bilgi vermek, çatışma çözümünü açıklamak olacağı için açıklamalarımızın şimdilik yeterli olduğunu düşünüyoruz¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 35.

¹²⁴⁵ Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Ankara: Seçkin, 2010), 226.

¹²⁴⁶ Üstelik genel bir hükmün yanı sıra, yasa koyucu bazı zorunluluk durumlarını suç tiplerinde ayrıca öngörmüş olabilir. Bkz. TCK m. 92, 99/2 ve 147. Yine TCK'nın 25'inci maddesinin ikinci fıkrası ile Türk Medeni Kanunu'nun 753'üncü maddeleri, hukuksal menfaatlerden birinin diğerine üstün tutulmasına açıkça imkan tanımaktadır. *Ibid.*, 226.

Bu başlığı kapatmadan önce dikkat edilmesi gereken önemli bir hususa parmak basmak istiyoruz. O da şudur ki bir çatışmanın varlığı problemi ile bu çatışmanın nasıl çözüleceği problemlerini birbirinden ayırmak gerekir¹²⁴⁷. Hak çatışması meselesi, onu çözmek için kullandığımız prosedürlerden bağımsız bir meseledir¹²⁴⁸. Bu anlamda çatışmayı çözmek için başvurulan yöntemlerin ne kadar doğru ve kullanışlı olduğu, örneğin dengelemenin belirsiz bir yöntem olmakla eleştirilmesi, ortada çatışma olmadığı şeklinde yanlış bir düşünceyle sonuçlanmamalıdır¹²⁴⁹. Biz de bunun farkında olduğumuz için çalışmamızın hacimsel olarak yarısına yakınına hak çatışmasının bizatihi kendisine ayırmayı uygun gördük. Artık anayasal hak çatışmalarının çözümüne geçebiliriz.

¹²⁴⁷ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 41.

¹²⁴⁸ Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21.

¹²⁴⁹ Elhag, Breuker ve Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”, 41-42.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜM TEORİSİ

I. GENEL OLARAK

Öncelikle belirletelim ki bölüm başlığında geçen “çözüm” kelimesi ile kastettiğimiz, hem bir çatışmadan kaçınma, hem çatışmaları önceden öngörerek düzenlemeler yapma ve böylece çatışmaların olgusal koşullarda çıkmasını önleme, hem de bireysel durum koşullarına göre çatışmaları çözmeyi içermektedir. Bu üç durum da bir şekilde, anayasal hakların sınırlandırılması ile ilişkilidir. Nitekim çatışma çözümüne, anayasal hak ve özgürlüklerin genel hukuksal rejimi içerisinde başvurulur¹²⁵⁰. Bu nedenle anayasal hak çatışmalarının sınırlama ile ilişkisine dair özellikle sınırsız hak düşüncesinin reddi ve bunun için öne sürülen sınırlama gerekçeleri ile bağlantılı teorileri ele alacağız. İçkin sınırlar altında toplayabileceğimiz bu teoriler, hak çatışmalarından kaçınmaya yol açan teoriler olarak da değerlendirilebilir. Çünkü hakkın koruma alanları bu teorilere göre baştan çizilerek, bir çatışmadan kaçınılmış olacaktır. Sonrasında da “anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali”ni değerlendirip, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin çatışma çözüm teorisini merkez alarak çıkarımlarda bulunacağız.

FAYM'nin çatışma çözüm teorisinin, çatışmadan baştan kaçınmaya mı, yoksa çatışmayı sonradan çözmeye mi dayandığını inceleyeceğiz. Ancak, tüm bunları kavramsal ve teorik çerçeveye oturtabilmemiz için “hak” ile “sınır” ve “sınırlandırma” arasındaki ilişkiyi doğru kavramamız gerekmektedir. Bu nedenle bölüme, “ön sorunlar” genel başlığı altında topladığımız bu konuyu açıklamakla başlamayı uygun gördük.

II. ÖN SORUNLAR

Anayasal hak çatışmalarından kaçınmaya yol açan içkin sınır teorilerini açıklamaya geçmeden önce bu teorilerin dayandığı “anayasal hakkın sınırlılığı” kavramını¹²⁵¹ açıklayacağız. Fakat sınırlılık kavramı tek başına değil; “sınırlama”, “hakkın kapsamı” ve “hakkın sınırı” bağlamında ele alınmalıdır. Bu da bizi, anayasal

¹²⁵⁰ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 1.

¹²⁵¹ Mehmet Sağlam, Fazıl Sağlam'ın “sınırlar” kavramını, kendi eserinde temel hakkın ...“sınırlılığı” olarak ifade etmektedir. Bkz. Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 258.

hakkın hangi kapsam ile ortaya çıktığına dair farklı yaklaşımlara değinmeye götürecektir. Nitekim aşağıda ele alacağımız içkin sınırlar ve nesnel sınırlılık sınır teorileri de bu yaklaşımlarla şekillenmektedir.

Öncelikle Türk anayasa hukukunda da yaygın olan temel bir ayırmadan; yani sınırlılık ile sınırlama arasındaki ilişkiden yola çıkalım.

A. SINIRLILIK VE SINIRLANDIRMA KAVRAMLARI

Anayasal sınırlar ve içkin sınırlar (nesnel sınırlılık teorisi dahil), gerek Türk hukukunda, gerek Alman hukukunda anayasal hakların sınırlılığı altında incelenir. Bu nedenle, bu kavramın neyi ifade ettiği önemlidir.

“Sınırlılık” kavramıyla ilgili ortaya konulması gereken ilk şey, bu kavramın “sınırlandırma” kavramından farklı olduğudur^{1252, 1253}. Sınırlama, bir düzenleme ile belli bir anayasal hak ve özgürlüğün güvence altına aldığı yaşam kesitinin yani “norm alanının” daraltılmasıdır¹²⁵⁴. Biz, anayasal hak ve özgürlüklerden yola çıktığımız için sınırlama, anayasa altı düzenlemelerde önem kazanır. Öyleyse sınırlama, belli bir anayasal hakkın koruduğu, anayasaca öngörülmüş veya belirlenmiş norm alanına, yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak) dışarıdan girilmesi ve bu alanın daraltılmasıdır. Sınırlama için anayasada belirtilen genel veya özel bir sebebe dayanmak gerekir¹²⁵⁵.

Yasa koyucunun bir anayasal hak ve özgürlüğü sınırlandırması, “kurucu” niteliğe sahiptir; bir etki doğurur ve hak alanını sınırlandırma öncesine göre daraltır¹²⁵⁶. Sınırlılık ise anayasada belirtilen genel veya özel sınırlama nedenlerine¹²⁵⁷ dayanmayıp¹²⁵⁸, bizzat o temel hak veya özgürlüğün yapısından kaynaklanır. Yasa koyucunun sınırları

¹²⁵² Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 44; Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 2 (Nisan-Haziran 2002): 22; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 325.

¹²⁵³ Atıf yaptığımız yazarlar dolayısıyla kimi zaman “sınırlama”, kimi zaman da “sınırlandırma” kavramlarına başvurursak da, bu ikisi aynı anlama gelmektedir.

¹²⁵⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 21-22.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, 22-23; Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 50. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi, 20 Ocak 1993 tarihli E. 1992/36, K. 1993/4 sayılı Karar, RG 19.03.1993, 21529.

¹²⁵⁶ Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 44; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 33; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 30.

¹²⁵⁷ Özel sınırlama nedeni tanımı için bkz. Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 21.

¹²⁵⁸ Daha doğrusu, artık anayasada ilgili sınırlılık sebebinin belirtilmesinin önemi yoktur. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 326.

belirtmesi, açıklayıcı bir nitelik taşır; hak alanında bir daraltma yaratmaz, mevcut olan sınırları belirtir¹²⁵⁹.

Sınırlılık ve sınırlama arasındaki bu ayırım, çalışmamız için tek başına yeterli değildir¹²⁶⁰. İçkin sınır teorilerini incelemeden önce, hak ile sınır kavramları arasındaki ilişkiyi derinlemesine anlamamızı sağlayacak teorilerden devam edeceğiz. Böylece, sınırlılık ile sınırlama kavramlarının farkı ve bu farkın önemi belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır.

B. HAK-SINIR İLİŞKİSİNE DAİR TEORİLER

Ne zaman ki anayasal hakların kullanımı başkalarının anayasal hak iddiaları ile çakışmaya neden olur, o zaman anayasal hak çatışmaları ortaya çıkar ve ilgili tüm anayasal hak tarafları etkilenir¹²⁶¹. Bu noktada, üçüncü tarafların çatışan anayasal haklarının, koruma alanı düzeyinde bir sınır çizme şeklinde mi, yoksa sınırlama şeklinde mi dikkate alınacağı sorusu gündeme gelir. Bu sorumuzun ne anlama geldiği ve cevabı, esas olarak anayasal koruma alanının çeşitliliğinin ve kapsamının değerlendirilmesine bağlıdır¹²⁶². Bu değerlendirme *anayasal hak yapı modellerini*¹²⁶³ incelemeyi gerektirir.

Hakların yapısı ile ilgili soru, hakların *sınırlamaya uygun olup olmadığı* veya buna *ihtiyaç duyulup duyulmadığı* sorusudur¹²⁶⁴. Dolayısıyla, hakkın kapsamı ile sınırlama imkanları arasındaki ilişki, hem asıl soruyu¹²⁶⁵, hem de herhangi bir anayasal hakkı incelemenin kilit noktasını oluşturur¹²⁶⁶.

¹²⁵⁹ Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 44; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 326; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 33; Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 22; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 30.

¹²⁶⁰ Gözlemediğimiz kadarıyla Türk hukukunda hak ve sınır ilişkisinde “sınırlılık” ve “sınırlama” kavramları arasındaki bu farka değinilse de bunun daha ötesinde derin teorik bir açıklamaya rastlamak pek mümkün değildir. Oysa bu konuda hak teorisi açısından çok daha derin bir tartışma vardır. Bu başlık altında ayrıntılara değineceğiz.

¹²⁶¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 86.

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ Literatürde anayasal haklara ilişkin farklı teoriler söz konusudur. Her anayasal hak teorisi önemli bir bakış açısı sunsa da, bunlardan hiçbiri, tek başına anayasal hakları tamamen kapsayamaz. Bu nedenle Borowski belirleyici unsur olarak, tüm temel haklara ilişkin teorik kavrayışları birbiriyle düzenli bir ilişki içinde tutan bir teori olarak bütünleştirici teoriyi öne sürmektedir. Bütünleştirici teorinin temeli, temel hakların yapısal teorisidir. Yapısal teori, temel hak terimlerinin, temel hak kapsamının ve temel hak etkilerinin yapılarını incelemektedir. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 29.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, 30; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 51.

¹²⁶⁵ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 66.

¹²⁶⁶ *Ibid.*

Anayasalarda, anayasal hakkın bileşenleri ve inceleme yapısı belirtilmez¹²⁶⁷. Anayasal hak normlarının kendi ifadelerinden yola çıkılarak, bir yandan korunan özgürlüklerin ve diğer yandan bunların sınırlarının genel olarak nasıl anlaşılacağına dair çok fazla bilgi elde edilemez¹²⁶⁸. Bu nedenle hakkın sınırlama olanaklarıyla ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Anayasal hakkı sınırlama olanaklarıyla bağlantılı olarak karşımıza **dışsal teori** (sınırlar teorisi) (*Aussentheorie, external theory*) (*Schrankentheorie*) ile **içsel teori** (*Innentheorie, internal theory*) modelleri çıkar¹²⁶⁹. Her iki modelin de amacı anayasal hak kapsamının (*Tragweite*) belirlenmesidir¹²⁷⁰. Zira kapsamı belirlemek, hakkı uygulamanın ilk aşamasıdır¹²⁷¹.

1. Dışsal Teori (Sınırlar Teorisi)

Dışsal teori (*Aussentheorie, external theory*), diğer adıyla sınırlar teorisinde (*Schrankentheorie*), sınır kavramı iki şeyi varsayar: Hak ve sınır. Hak ile sınır arasında özel bir ilişki; “sınırlama ilişkisi” bulunur. Eğer bu ikisi arasındaki ilişki böyleyse, o zaman ilk olarak kendi içinde hak (*recht an sich*¹²⁷², *the right in itself*¹²⁷³) (bizzat hakkın kendisi) vardır ki bu sınırlandırılmamıştır¹²⁷⁴. İkinci olarak ise hak, sınırları uygulandığında geriye kalandır. Bu da sınırlandırılmış (*eingeschränkte, limited*) haktır¹²⁷⁵. Dışsal teoride, hak ile sınır arasında zorunlu bir ilişki yoktur. Ne zaman ki hakkın, kendisinin dışında kalan başka bir hak veya menfaate uzlaştırılması gerekir işte o zaman hak ile sınır arasındaki ilişki ortaya çıkar¹²⁷⁶.

¹²⁶⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 17.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 53; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 178-179; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31.

¹²⁷⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 53.

¹²⁷¹ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 66.

¹²⁷² *Prima facie*-hak da buna karşılık gelir. Bkz. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 206.

¹²⁷³ Kavramın karşılığı olarak italik yer verdiğimiz Almanca kelimeler bizzat Alexy'nin “*Theorie der Grundrechte*” kitabındandır. İngilizce karşılıklar ise Alexy'nin aynı eserinin “*Theory of Constitutional Rights*” adlı çevirisindedir. Açıkladığımız üzere kavramların önemi, hakkın kapsamına yönelik yaklaşımlar açısından belirleyicidirler. Bu nedenle yazarın kendi eserindeki kelimelerin aynı eserin çevirisindeki İngilizce karşılıkları bizim için değerlidir. Yalnız, atıflarımızdan da anlaşılacağı üzere biz genel itibarıyla İngilizce metne başvurduk.

¹²⁷⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 206.

¹²⁷⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 206.

¹²⁷⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179.

Dışsal teori, vatandaş ve devlet arasındaki ilişkide, anayasal hakların devlete karşı savunmaya yönelik özgürlük hakları boyutuna odaklanır¹²⁷⁷. Buna göre, anayasal bir hakkın koruma alanı, sadece *prima facie*¹²⁷⁸ anayasal koruma (*grundrechtlichen Schutz*) sağlar. Anayasal hakkın kesin korumasını belirlemek için ise önce bu anayasal hakkın koruma alanına bir müdahalede bulunulması gerekir. Bir başka deyişle, kesin korumanın tespiti için sınır şeklinde bir devlet tedbiri ile anayasal hak tarafından korunan bir pozisyonun sınırlanması gerekir¹²⁷⁹.

Bu sınırlama, anayasaya uygun olarak, sınırlama koşullarını karşılması gereken bir norm biçimindedir¹²⁸⁰. Anayasal hakka müdahalenin hukuka uygun olmadığına tespitiyle, kesin anayasal koruma¹²⁸¹ belirlenmiş olur. Sınırlama anayasaya aykırı olduğunda hakkı sınırlamaz; ihlal niteliğini alır¹²⁸². Sınırlamayı haklılaştıran gereklilikler yerine getirilmişse, *prima-facie*-koruma başarısız olur; yani hak sınırlandırılır¹²⁸³. Bu nedenle **müdahale-sınırlama şeması** (*Eingriffs-Schranken-Schema*) da denilen bu teoride, “koruma alanı”, “müdahale” ve “sınırlama” kavramlarını birbirinden ayırmak önemlidir¹²⁸⁴.

“Koruma alanı-sınırlama-konsepti” (*Schutzbereich-Schranken-Konzeption*) olarak da adlandırılan dışsal teoride, anayasal koruma alanının kesin kapsamını

¹²⁷⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 51-52; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 42, no. 2 (2003): 166. Bolz’a göre, anayasal hakların siyasi şiddetin önünde bir engel olarak görülmesi demokrasi (yasama), anayasal haklar, kolluğa dair hukuki değer korunması ve anayasal ilkeler arasındaki etkileşimleri de göstermeyi sağlayacaktır. Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991), 18. Bu açıklama, Alexy’nin, bu iki teoriden devletin bireyselci (*individualistic*) teorisini sürdürenlerin dışsal teoriye, ortak hayatta toplumun üyelerinin rolleriyle ilgilenenlerin ise içsel teoriye meyilli olduğu görüşüne de ışık tutar. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179.

¹²⁷⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 52.

¹²⁷⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 182; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 52; Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 17.

¹²⁸⁰ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31. Örneğin Céline Martin İsviçre Anayasası için m. 36’yı gösteriyor. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 52. Buna karşılık olan maddeler Alman Anayasası için GG m. 19 (bkz. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31-32) ve bizim Anayasamız için de m. 13’tür. Anayasaya uygun normlar olarak anayasal sınırlar için Alexy’nin incelediği norm türleri bkz. 181-182.

¹²⁸¹ Alexy’nin kesin (*definitive*) koruma alanı olarak nitelediği bu alanı, Borowski “etkili garanti alanı” (*effektiver Garantiebereich*) olarak adlandırır. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31.

¹²⁸² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 182.

¹²⁸³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 52.

¹²⁸⁴ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31.

belirlemek için en az iki adım gerekir¹²⁸⁵. Koruma alanı, hakkın kapsamını (*Grundrechtstatbestand*) belirler; bu anayasal koruma “dışarıdan” sınırlanır ve anayasal hak daraltılır. Modelin Alman hukukunda **dışsal teori**¹²⁸⁶ olarak adlandırılmasının nedeni budur. Hakkın kapsamı ve hakkın sınırlamalarının belirlenmesi şeklindeki iki aşamalı süreçten ötürü bu teori “**iki aşamalı teori**” (*two-stage theory*) olarak da adlandırılır¹²⁸⁷. Ayrıca hakkın sınırlanabilmesi için dışarıdan gelecek bir haklılaştırılmış istisnanın gerekliliği nedeniyle bu teori, bir **kural-istisna modeline** (*Regel-Ausnahme-Modell*) dayanır¹²⁸⁸.

Dışsal teori için, Barak’ın ifade özgürlüğüne dair verdiği örneğe bakalım. AİHS’in 10’uncu maddesinin birinci fıkrası¹²⁸⁹, ifade özgürlüğünü geniş bir kapsamda düzenler. Bu anlamda kitaplar, filmler, resimler ve ifadenin herhangi bir içeriği, ki nefret

¹²⁸⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 52-53; Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 17.

¹²⁸⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 29; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 53. Aynı yönde Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 27 ve sınırlar teorisi için 17 vd.

¹²⁸⁷ Barak, *Proportionality*, 21. Ayrıca Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 66. İki aşamalı teoriye ilişkin olarak Barak’ın açıklamaları ana metinde verdiklerimizin bir nevi özeti niteliğindedir. Bizim ana metinde değinmediğimiz, ancak Barak’ın yazdıklarından dikkatimizi çeken, yazarın bu ikili ayrımı modern anayasal haklar teorisinin özelliği olarak belirtmesidir. Buna göre, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra şekillenen modern anayasal haklar teorisi, bu temel ayrımı benimser. Barak, *Proportionality*, 19-21. Barak’ın bu söyledikleri, belki bu konuda söylenmiş en açık ifadelerden olmakla beraber aslında özgün bir şey değildir. Kapsama yapılacak sınırlamanın denetimin (ikinci aşama) önemi tam da anayasal hakların korunmasını sağlamak güdüsüyle getirilmiştir. (Nitekim bu iki aşamalı sistemin öneminden bahsederken yazar da bunu vurgulamaktadır: Bireyin hakkının önemine vurgu ve buna saygı ile bu bağlamda, her sınırlamada gerekçelendirme ihtiyacının ortaya çıkması. Barak, *Proportionality*, 22.) Hatta bu iki aşamalı teorisinin terk edilmesini öneren yazarların değindiği bir nokta da, artık bu güdüyle hareket etmeyi gerektirecek kadar kırılğan bir haklar sisteminin olmadığıdır. Bkz. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, içinde *Haben wir wirklich Recht?*, ed. Michael Bäuerle et al. (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003), 68.

Barak’ın iki aşamalı teorisine dair görüşünde Alexy’nin teorisine önemli bir farka da dikkat çekmek gerekir. Barak’ta ikinci aşama anayasal düzeyden sonra gelir ve onunla bağlantılı olarak anayasa altı düzeyle (*sub-constitutional level*) ilgilidir. Barak, *Proportionality*, 19-21. Belirttiğimiz gibi Alexy’ye göre hakkın *prima facie* kapsamı sınırlamadan sonra da aynı kalır. Üstelik Alexy’nin teorisinde her iki aşama da -hakkın kapsamı ve sınırlama- anayasal seviyede gerçekleşir. Alexy, “Proportionality, Constitutional law, and Sub-Constitutional law”, 878-879. Köküarı da çalışmasında “hakkın kapsamı ve koruma/norm alanını belirlemenin belirginleştirilmecilikle ilişkisi” başlığı altında “tek ve iki aşamalı hakların varlığı” ile “tüm hakların iki aşamalı olması” görüşlerine yer vermiştir. Bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 156-164.

¹²⁸⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 51.

¹²⁸⁹ AİHS m. 10/1: “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.” https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (erişim tarihi: 7.12.2021).

konuşmaları veya müstehcenlik dahil ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde¹²⁹⁰. Bu geniş kapsama rağmen, özel bir sınırlama hükmü oluşturan aynı maddenin ikinci fıkrasında¹²⁹¹, ifade özgürlüğüne müdahalenin haklılaştırılabileceği durumlar öngörülmüştür¹²⁹². Dolayısıyla bu fıkraya dayanılarak, “demokratik bir toplumda gerekli” yani bir diğer deyimle orantılı olacak şekilde, nefret ifadeleri veya pornografik açıklamalar ya da başkasının haysiyetini zedeleyen ifadeler sınırlanabilecektir¹²⁹³. Örnekten de anlaşılacağı üzere önce hakkın geniş bir kapsamının olduğu varsayılır. Sonrasında hakkı sınırlandırmaya imkan tanıyan bir sınırlama klozunun uygulanmasıyla kapsam daraltılmış olur ve böylece somut olay için hakkın kesin koruma alanı belirlenmiş olur.

2. İçsel Teori

İçsel teori modeli (*Innentheorie, Internal Theory*), koruma alanı ve sınırların sistematik olarak bölünmesi ile ilgilenmez. Başka bir ifadeyle, hak ve sınır olmak üzere iki ayrım yoktur. Tek bir konu olarak, yalnızca belirli (kesin) içeriği (*Inhalt, Concept*) olan hak vardır¹²⁹⁴. Anayasal haklar, en başından itibaren belirli içeriklere sahiptir ve bu nedenle sınırlandırılmaları gerekmez. Anayasal koruma, yalnızca koruma alanı düzeyinde (*Schutzbereichsebene*) “içeriden” tanımlanır. İçsel teori, dışsal teorideki iki aşamalı durumdan farklı olarak¹²⁹⁵, bir pozisyonun anayasal haklar tarafından kesinlikle korunup korunmadığını tek adımda belirlemeyi amaçlar ve bu nedenle, bunu sınırlar modeline başvurmaksızın yapar¹²⁹⁶.

¹²⁹⁰ Barak, *Proportionality*, 21.

¹²⁹¹ AİHS m. 10/2: “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (erişim tarihi: 7.12.2021).

¹²⁹² Barak, *Proportionality*, 21.

¹²⁹³ *Ibid.*, 22.

¹²⁹⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 53; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 51; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 31, 99, 204. Alman hukukunda dışsal teoriye ilişkin tartışmalar ve içsel teorinin çürütülmesine dair bkz. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 190 vd.

¹²⁹⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179.

¹²⁹⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 53. Başka bir ifadeyle, bu teoride sınırlama ne gereklidir ne de mümkündür. *Ibid.*, 31. Bkz. ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 51.

Müdahale-sınırlama şemasına alternatif olarak gösterilen bu modelde, hakkın kısıtlanması ne gerekli ne de mümkün olup, sınırlar önceden belli olduğu için¹²⁹⁷ bu model “önformasyon modeli” (*Präformationsmodell*) olarak da adlandırılır¹²⁹⁸. Dışsal teoride, müdahalenin her zaman mutlaka ihlal anlamına gelmeyip¹²⁹⁹ haklılaştırılabileceğini açıklamıştık. İçsel teoride, anayasal hakların koruma alanındaki herhangi bir bozulma anayasaya aykırıdır ve bu nedenle hakkın ihlali anlamına gelir¹³⁰⁰.

İçsel teoride hakkın sınırına (*Grenz, limit*) dair şüpheler, hakkın ne kadar sınırlanabileceğine değil, ancak içeriğine dairdir. “Sınır” (*Schranke, limit*) fikrinin yerini “kapsam” (*Grenz, extent*)¹³⁰¹ fikri alır. “Kapsam” yerine “sınırlar”dan bahsedildiğinde ise içkin sınırlar (*immanenten Schranken, immanent limits*) terimi kullanılır¹³⁰². Aşağıda daha detaylıca açıklayacağımız üzere, “içkin” ile “sınırlar” (*Schranken*) kavramının yan yana kullanılması kendi içinde tutarlı değildir¹³⁰³.

¹²⁹⁷ Aynı yönde Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 50-51.

¹²⁹⁸ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 28.

¹²⁹⁹ Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 86. Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 1303.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, 51, 52.

¹³⁰¹ *Grenz* kelimesinin de “sınır” anlamına geldiğini biliyoruz. Ancak burada teorinin içerdiği durumun anlaşılabilmesi için aslında kastedilen, o sınırın çerçevelediği kapsamdır. Nitekim “*extent*” kelimesi “kapsam” olarak çevrilebilir. Belirttiğimiz gibi kelimelerin yanlarındaki italik karşılıkları, Alexy’nin Alman ve İngilizce aynı eserlerinden. Bkz. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 249 vd.

¹³⁰² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179.

¹³⁰³ Dışsal teori kapsamında içkin **sınırlar** (*Schranken*); sınırlama, koruma alanı seviyesinde gerçekleştiği için herhangi bir gerçek sınır oluşturmadığı sürece yanlış kullanılır. Çünkü “sınır çizme” (*Begrenzung*) koruma alanı seviyesinde gerçekleşir. Bu nedenle, “içkin sınırlar” (*Schranken*) kavramının “içkin sınırlar” (*Grenzen*) ifadesi ile değiştirilmesi önerilir. Céline Martin de bu terminolojiyi uygular. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 54 (dp. 233). Borowski, belirsiz olan içkin sınırlar (*immanenten Schranken*) kavramından kaçınmak gerektiğini savunmuştur. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 74. Bkz. aynı yönde Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 44. Borowski’nin burada vurgulamak istediği *Schranken* yani sınırlar teriminin dışsal teori için uygun olmakla beraber, içsel teori için yanlış bir kullanım olduğudur. Çünkü *Grenzen*’de sınır çizme vardır. Bir müdahale değil, yalnızca olanı göstermek gibi bir anlamı vardır. Dolayısıyla anayasal hakkın koruma kapsamının zaten belli olduğunu ve bu sınırların içkin olduğunu savunan teoride, sınırlamadan türeyen sınırlar (*Schranken*) kavramı değil de, sınır çizmeden (*Begrenzung*) gelen sınır kavramı kullanılmalıdır. Bu anlamda *Schranken* dışsal teori, *Grenzen* ise içsel teori için uygundur. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 74. Stemmler’in çok güzel ifade ettiği üzere “sınırlar” (*Schranke der Grundrechte*) koruma alanının dışına demirlenir. Potansiyel olarak koruma alanı sınırlamayla beraber istenen düzeye itilir. Temel hak sınırları (*Grundrechtsgrenzen*) ise en baştan koruma alanında yer aldığı için adeta hakkın düzenleme alanından, korunmayacak olan her şeyi atar. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 31.

Schranken hem de *Grenzen* kelimesi Türkçeye sınır olarak çevirdiğimiz için Türkçede bu konuda bir anlam farklılığı söz konusu değildir. Yine de Alman hukukundaki farklılığı yansıtabilecek şekilde bir ayırım yapabilir miyiz, diye düşündük. Ancak Türkçede bu iki teoriyle örtüşecek iki ayrı kavram aklımıza gelmedi. Bir an için *Schranken* için “bariyerler” veya “engeller” kavramını kullanmanın aradaki farkı göstermek açısından etkili olup olamayacağını düşündük. Ancak kabul etmek gerekir ki bu ayırım, aradaki farkı göstermekte yetersiz kalacaktır. Üstelik, bu kelimelerin, temel hakların

İçsel teoride hakkın kesin içeriği önceden belli olduğu için, bu içerik diğer haklar veya menfaatlerle *çatışarak değiştirilemez*. Bu durum, söz konusu hakkın bu çatışan haklarla ve menfaatlerle ilgili tam hükümlere sahip olmasıyla açıklanır¹³⁰⁴. Bu açıklamalar, aşağıda ele alınan içkin sınır teorileri ile beraber okunduğunda daha iyi anlaşılacaktır.

İçsel teorik anlayış, özel bir özgürlük anlayışına dayanır. Şöyle ki anayasal haklar yalnızca, devletin bu hakları somutlaştırması yoluyla ortaya çıkar. Bu da devlet önünde güvence altına alınan bir özgürlük değil de, devlet tarafından korunan özgürlük anlayışına dayanır¹³⁰⁵. Bu teoriye uygun değerlendirilebilecek haklar, mutlak olarak korunmuş haklardır. Bu hakların koruma alanları ile gerçekleştirilme kapsamaları birbirine eşittir¹³⁰⁶. Nitekim kimi insan hakları belgelerinde de gerçekten sınırlandırılmaz ve dolayısıyla kendisine yapılan her müdahalenin ihlal olarak kabul edildiği haklar öngörülmüştür.

sınırlama rejimlerine dair literatüre yerleşen kelimeler olduğu da iddia edilemez. Bu nedenle önerimiz zayıf kalmaktadır. Nitekim Alman hukukunda yer edinmiş “*Schrankenschraken*” kavramının, Türk hukuk literatüründe “sınırlamanın sınırları” olarak çevrilmesi de “*Schranken*”ın hem “sınırlama” hem de “sınır” anlamında kullanıldığının açık bir göstergesidir. *Schranken*’in sınırlama anlamında kullanıldığı yerde bir sorun çıkmayacaktır. Ancak “sınırlar” anlamında kullanıldığı yerde, teorilerdeki farklılıkları göz ardı etmemek adına, gerekli gördüğümüz yerde, yanında parantez içinde karşılıkları olan *Grenzen* veya *Schranken* ibaresini koymayı uygun gördük. Zira bu iki kavram arasındaki fark, kurucu bir işlem olan sınırlama ile hakkın koruma alanını baştan belirlemek anlamında sınır koymak anlamına gelen sınırlılık arasındaki farkın ortaya konması için önemlidir. İçkin anayasal sınırlar (*immanenten Grundrechtsschraken*) olarak adlandırılan kavramın, terminolojik bir birlik sağlanmadan kullanıldığı ve buna dair zorluklar için bkz. Friedrich E. Schnapp, “*Grenzen der Grundrechte*”, *JuS* (1978): 733. Schnapp bu anlamda temel hakların tüm kayıtlama sorunlarının ötesinde, diğer anayasal çıkarlarla çatışabileceğinin bir göstergesi olarak içkin anayasal sınırlar kavramına (*der Begriff der grundrechtssimmanenten Grenzen*) da değinir. Görüleceği üzere o da “*Grenzen*” terimini özellikle tercih etmiştir. *Ibid.* “İçkin sınırlar” (*Schranken*) teriminin belirsizliği için ayrıca bkz. Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 112. “*Grenzen*” ile “*Schranken*” terimleri arasında ayırım ve tercih yapma konusunda zorlandığı anlaşılan ve dolayısıyla bu kavram karmaşasını tekrar gösteren bir çalışma için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 29-30. Stemmler’in burada “*Begrenzung*” teriminin dışsal teoriden uzaklaşan ve içsel teori yaklaşımlarıyla ilişkili bir terim olarak genellikle kabul edildiğini hatırlatırken (*Ibid.*, 29-30 (dp. 174)) gerekçe düzeyindeki tüm daraltmalar için genel bir terim olarak bu kavramı kabul etmesi -yazar gerekçelendirmeye çalışsa da- tutarsız bir tercihtir. *Ibid.*, 29-30.

Çalışmamızın “kavramlar” başlığında “sınırlama” ve “sınır çizme” kelimeleri üzerinde uzun uzun durmuştuğumuz. Bunun sebebi, ilgili kavramları çatışmanın tanımı için önemli görmemizdi. Tanım kısmında adını koymadığımız önemi, bu başlık altında, üçüncü kişilerin çatışan haklarının hangi düzeyde (koruma alanı veya sınırlama) değerlendirilmesi gerektiği tartışmasında, ayrıntılarıyla ortaya koyacağız. Bu konu, pratik uyum meselesinde çatışan hakların dengelenmesinin açıklayıcı veya kurucu bir işlem mi olduğu sorusu açısından da çok önemlidir. Çünkü, buna göre pratik uyumun tabii olduğu rejim değişecektir.

¹³⁰⁴ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 204. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 51. Tam koşullara sahip olmak için bkz. yukarıda işlediğimiz kurallar-ilkeler teorisi.

¹³⁰⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 52.

¹³⁰⁶ Barak, *Proportionality*, 27-29.

Örneğin AİHS'in 3'üncü ve 4'üncü maddelerinde öngörülmüş işkence yasağı ve kölelik yasağı, bu tür tek aşamalı haklar olarak kabul edilir. Çünkü bu hakların sağladığı korumayı sınırlandırmaya dair hukuki bir olasılık kabul edilemez¹³⁰⁷.

3. Hak Teorilerine İlişkin Genel Ön Değerlendirme

Almanya'da –ve Türkiye'de¹³⁰⁸- bugünün anayasal hak dogmatikleri, ağırlıklı olarak koruma ve müdahale alanının ikili karşılaştırması ile nitelendirilir¹³⁰⁹. Koruma alanı özgürlüğe izin verirken, sınırlama (Schranken) diğer çıkarları korumak için onu geri çeker¹³¹⁰. Bu yaklaşım nispeten basit ve makul kabul edilir. Anayasal hakları uygularken yapılacak ilk şey, hakkın yorumlanmasına ilişkin bir soru olan koruma kapsamlarını belirlemek ve tanımlamaktır. Bu yapıldıktan sonra, devlete atfedilebilen herhangi bir faaliyetin, bu koruma alanına bir tecavüzü temsil edip etmediği ve ne ölçüde olduğu belirlenir. Durum böyleyse, müdahalenin gerekçelendirilmesi, yani bu müdahalenin anayasanın kendisi tarafından yapıp yapılmadığı veya bir yetkiye dayanıp dayanmadığı ve bu yetkinin şartlarının yerine getirilip getirilmediği sorusu ortaya çıkar¹³¹¹.

Çalışmamızın devamında değineceğimiz eleştirilere rağmen, anayasal haklar hâlâ esas olarak devlet güdümlü özgürlükler olarak işlev gördüğünden, bu yaklaşımın paradigmatik önemi ve anayasal haklar doktrini için biçimlendirici gücü vardır. Bu nedenle, sonraki tartışma için bir başlangıç ve referans noktası olarak bu teoriye

¹³⁰⁷ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 66. Aynı hakları örnek olarak veren Barak, *Proportionality*, 27-29.

¹³⁰⁸ Bu tutumun, Alman hukukundan bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Bu yönde bir makale için bkz. Zafer Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 38 (Yaz 2020/2): 1-12. Ancak yine de bu konuda Türk hukukunda, Alman hukukundaki kadar sorgulayıcı ve etkili bir açıklama girişimine rastlamadık.

¹³⁰⁹ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 165. Veya bunu, “koruma alanı”-“müdahale” ile “anayasal haklılaştırma” olarak belirtebiliriz. Bodo Pieroth ve Bernard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II* (CF Müller 2012), 55 vd.; Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 167. İsviçre'de FAYM'nin içtihadını takip eden hakim doktrin de koruma alanı-sınırlama-şemasını takip etmekte, yani dışsal teoriyi benimsemektedir. Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 17. Bolz, hakim literatürde ve FAYM kararlarında, koruma konusu (*Schutzobjekt*) ile sınırlamaların farklı doğalarından yola çıktığına dikkat çeker. Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 20. Medeni hukukta içsel ve dışsal teori (*Innen- und Aussentheorie*) için bkz. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 33.

¹³¹⁰ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 20.

¹³¹¹ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 165.

dayanmak doğru olacaktır¹³¹². Bununla beraber, içsel teori modelini takip eden yazarlar da vardır¹³¹³. Koruma alanına içkin özel bir sınır fikrine başvurarak anayasal hakların korunmasına dayanan¹³¹⁴ bu görüşlerden bazılarını çalışmamızda yer vereceğiz. Ancak, iki teoriden birini açıkça veya münhasıran takip etmeyen yaklaşımları dogmatik olarak nasıl sınıflandırabiliriz?

İçsel ve dışsal teorinin benimsenmesi noktasındaki kesin yargının anayasal hak normlarının anlamlandırılmasıyla bağlantılı olduğunu belirten Alexy, dışsal teorinin norm-teorik temelini¹³¹⁵ oluşturan kurallar ve ilkeler ayrımını ölçüt alır. Alexy'ye göre kurallar kesin, ilkeler ise *prima facie* bir pozisyon sağlar. Öyleyse hakkı kesin pozisyon kabul edenlerin dışsal teoriyi, *prima facie* bir pozisyon olarak anlayanların ise içsel teoriyi dışlamaları gerekir¹³¹⁶. Dolayısıyla yazarın anladığı dışsal teori, yalnızca anayasal sınırlamalara izin veren istisnasız bir teoridir.

Alexy'nin iddiasına aykırı olarak; içsel teoriye dayalı bir yapı yaklaşımının aynı zamanda (dışsal) sınırlamalara izin verdiği ve tersine, dışsal bir teorik yaklaşımın hakların (içsel) sınırları tamamıyla reddetmediği, içtihat ve literatürde kabul edilebilir¹³¹⁷. Ancak iki teorik yaklaşımın görünüşte birbiriyle bağlantılı olduğu bu durumda dahi, içsel ile dışsal teori arasında kademeli geçiş formları yoktur¹³¹⁸. Koruma alanı ve hakkın kesin korunması aynı kabul edildiğinde, yani yalnızca içkin sınırlar kabul edilerek dışsal sınırlar tamamen reddedildiğinde, *sadece içsel bir teorik yapı var demektir*¹³¹⁹. Öte yandan, *prima facie* koruma alanı ile kesin koruma alanı zorunlu olarak özdeş kabul edilmeyebilir. İçkin koruma alanında sınırlarının kabul edilmesinin yanı sıra, dışsal sınırlara da izin verilebilir. Bu durumda, müdahale-sınırlama düşüncesi terk edilmediği için *dışsal teori* takip ediliyor demektir. Dışsal sınırlar aracılığıyla sınırlamaların tanındığı her durum için bu geçerlidir¹³²⁰.

¹³¹² *Ibid.*, 166. Aynı yönde Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 53. Böckenförde, bu modelin başlangıç ve referans noktası kabul ederken, Stemmler net bir şekilde "doğru" yapı modeli olduğunu belirtir. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 53.

¹³¹³ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 53.

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 101.

¹³¹⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 179.

¹³¹⁷ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 52.

¹³¹⁸ *Ibid.* Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹³¹⁹ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75; Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 52.

¹³²⁰ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75. Bkz. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 52-53.

“*Prima facie* hak kapsamının içkin sınırlarla belirlenmesi, içsel bir teorik yapının varsayımını engellemez, çünkü dışsal teorik haklarla bile, kanun uygulayıcısı başlangıçta *prima facie* hakkın genişliğini belirleme görevi ile karşı karşıyadır. Hangi yöntem ve yolla bu genişliğin belirleneceğini, dışsal teori dayatmaz”¹³²¹.

(Yalnızca) anayasal sınırlamalara yani kanunla sınırlamaya izin verenler, *geniş kapsam teorisi biçiminde bir dışsal teoriyi* temsil ederler¹³²². İçkin teoriler dışsal sınırlara izin veriyorsa, esas soru olan içkin sınırların koruma alanı düzeyinde mi, yoksa sınırlama düzeyinde mi dikkate alınacağı sorusu, içsel veya dışsal teori arasındaki ayrımı değil, hakkın *kapsamına* ilişkin ayrımı ilgilendirir¹³²³. Koruma alanı düzeyinde içkin sınırlamalara başvuranlar dar kapsam teorisini temsil eder. İçkin sınırları, yalnızca *sınırlama düzeyinde dikkate alanlar*, *geniş kapsam teorisini* temsil eder¹³²⁴. Anayasal sınırlamalarla beraber, *koruma alanına içkin sınırları savunanlar da dar kapsam teorisi şeklinde dışsal teoriyi savunurlar*¹³²⁵. Böylece dar ve geniş kapsam teorileri arasındaki ayrım ile içsel ve dışsal kuram arasındaki ayrımın birleşmesiyle, üç farklı model ortaya çıkar: “1) İçsel teori 2) dar kapsam teorisi şeklinde dışsal teori 3) geniş kapsam teorisi formunda dışsal teori”¹³²⁶. Bunları anlayabilmek için kapsam teorilerini anlamamız gerekir.

C. KAPSAM TEORİLERİ

Hak kapsamına (*Tatbestandstheorien*, *scope theories*¹³²⁷) dair teoriler, dar ve geniş kapsam teorileri¹³²⁸ olarak karşımıza çıkarlar. Bu teoriler, koruma alanına ilişkin farklı yaklaşımlar içindedirler. Söz konusu teorileri açıklamaya geçmeden önce, koruma

¹³²¹ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 74. Anayasal koruma alanlarının tespiti, özellikle klasik yorumlama yöntemlerine başvurarak anayasanın yorumlanmasıyla gerçekleştirilir. Yorum ilkeleri içinde, içkin sınırları haklı çıkarmak için de kullanılan nerdeyse tüm yönler bulunabilir: “Semantik yorumdaki ifadeler, sübjektif-teleolojik yorumda yasama organının sübjektif iradesi, objektif-teleolojik yorumda normun objektif anlamı ve amacı ile sistematik yorumda çatışan çıkarlar.” *Ibid.*

¹³²² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 53; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹³²³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 52-53; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹³²⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 53; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹³²⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 53; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹³²⁶ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹³²⁷ “*Tatbestand*” (*matter of fact*) maddi vakıa, olgu veya unsur olarak çevrilebilir. Bu nedenle biz önce *Tatbestandstheorien*’i “olgu teorileri” olarak çevirdiysek de İngilizce metinlerde bunun için *scope* (kapsam) kelimesinin kullanıldığını gördük. Bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 202, “*Scope Theories*” ifadesini kullanır. Bu nedenle “kapsam teorileri” doğru bir çeviri olacaktır, düşüncesindeyiz.

¹³²⁸ Osman Can, “dar normatif unsur teorisi” ve “geniş normatif unsur teorisi” kavramlarını kullanır. Osman Can, “Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde ‘Neminem-Laedere-İlkesi?’”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 8, (2003): 96-112.

alanı kavramına dair çok genel bir bilgiyi önceden vermeyi uygun gördük. Böylece, bu teorilerle koruma alanı arasındaki bağlantıyı da gösterebileceğiz. Aşağıda ayrıntılarıyla ele alacağımız teorilerin hepsinin odak noktası, “bir hakkın koruma alanı nedir?” sorusunu yanıtlama çabalarıdır. Bu nedenle esasen her kısa başlık altında çıkaracağımız ara sonuçlar, bizi nihayetinde kendi içinde bütün bir görüşe götürecektir.

1. Koruma Alanı

“Koruma alanı” kavramının, bizatihi kendisi ve nasıl belirleneceği üzerinde içtihatla veya literatürde bir uzlaşma yoktur. Bu kavramla eş anlamlı kullanılan bazı terimler şunlardır: “Özgürlüğü kapsayan/ hakkı koruyan alan, güvence alanı, garanti alanı, temel ilke alanı, geçerlik alanı, etki alanı, özgürlüğün uygulama alanı, özgürlüğün ... koruma nesnesi”¹³²⁹. Bu terimlerde boğulmanın çalışmamıza çok faydası olmayacaktır. Ancak Bolz’un da belirttiği üzere, kullanılan terimlerin uygunluğu da konu için önemli bir rol oynayabilir¹³³⁰. Nitekim bu terimler, farklı yaklaşımları ve argümanları yansıtırlar¹³³¹. Bu nedenle kavramsal netlik sorununu çözmeye katkı sağlayabilirler¹³³².

Tanımı üzerinde uzlaşmış olmasa da koruma alanı üzerinde uzlaşılan bir konu vardır: Anayasal haklar, akla gelebilecek her türlü insan davranışını korumaz. Anayasal

¹³²⁹ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 24. Bolz’un kendisi de, “koruma konusu” (*Schutzobjekt*) kavramını, bunun tek uygun ifade olduğunu iddia etmeden tercih ettiğini belirtmektedir. *Ibid.*, 26. Hakkın koruduğu alanı tanımlamak için çoğunlukla “koruma alanı” (*Schutzbereich*) terimine başvuran FAYM ise, “geçerlilik alanı”, “korunan menfaat” veya “temel hakkın maddi özü” gibi kavramlara da başvurmuştur. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 19. Bu terimlerin geçtiği kararlar için bkz. *Ibid.*

¹³³⁰ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 24. Burada Bolz’un, dilin sadece düşünceleri bir “taşıma aracı” değil, aynı zamanda düşüncenin içeriği olduğu, sözüne katılmamak elde değil. *Ibid.*, 24-25. Nitekim bu çalışmamızda, düşüncenin içeriğini yansıtan kavramlar arasında netlik sağlamak, bizim için özel bir çaba gerektirmiştir.

¹³³¹ Örneğin bu terimlerden çoğu, mekânsal (*räumlich*) düşünce modellerine dayanır. Özellikle “koruma”, “uygulama”, “geçerlilik” ve “etki alanı” ifadeleri, hakların etkilerinin mekânsal veya alan açısından kavranabileceği düşüncesini yansıtır. Bolz’a göre, anayasal hak sınırlarının verili olduğu ve kendi içlerinde sabit olduğu anlayışına dayandıkları için bu tür modeller yanlıştır. Bu anlayış takip edildiğinde, başta anayasa mahkemesi hakimleri olmak üzere hak uygulayıcılarının görevleri mevcut sınırları tam olarak belirleme sorunuyla sınırlı kalacaktır. *Ibid.*, 25. Ancak yazar sınırların baştan belirlenemeyeceği gerekçesiyle buna karşı çıkmaktadır. *Ibid.*, 25-26. Özellikle belirtelim bu “mekânsal modeller”e (*Räumliche Modelle*) yönelik tek eleştiri Bolz’dan gelmemektedir. Diğer terimleri bir yana bırakacak olursak, gerek Alman gerekse de Türk hukukunda sıkça rastladığımız “koruma alanı” kavramına alternatif olarak güvence içeriği kavramını önerenlerin eleştiri noktalarından biri, bu mekânsallık meselesidir. Çalışmamızın devamında ana metinde bu meseleyle karşılaşacağız.

¹³³² Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 25.

haklar yalnızca farklı yaşam alanlarında, farklı kapsamlarda bireyleri korurlar. Başka bir ifadeyle, koruma, belirli koruma ögelerine kadar uzanır¹³³³.

“Koruma alanı” anayasal hakkın içeriksel genişliğini¹³³⁴ belirler¹³³⁵. Koruma alanının belirlenmesi, koruma altına giren hususların ne olduğu, anayasal bir hakkın neye karşı korunduğu sorularına cevap verir¹³³⁶. Koruma alanı, ilgili hakkın uygulanacağı veya etkilerinin doğabileceği; temel hak tarafından korunan nesnelerin tamamını yani bireyin yasal konumlarını, menfaatlerini, faaliyetlerini ve yetkilerini tanımlar¹³³⁷. Çeşitli olgular, insan faaliyetleri, yaşam alanları veya yasal olarak önceden oluşturulmuş kurumlar (kişilik, ticaret ve ticaret, yerleşim, mülkiyet, evlilik vb.) koruma alanını oluşturur¹³³⁸.

Koruma alanına dair verdiğimiz bilgiler, tek başına bu alanın nasıl belirleneceğini açıklamaz. Her hâlükârda anayasal hakkın koruma alanına neyin gireceği ve bunun hangi ölçüte göre belirleneceği sorusu önemini sürdürür. Koruma alanını belirlemek için her şeyden önce, herhangi bir dogmatik tartışmadan uzak şekilde, anayasal hak normunda yer alan örneğin “inanç”, “fikir” veya “sanat” gibi kavramları oluşturanın ne olduğunu tanımlamak gerekir. Eğer bir davranış ilgili kavramın kapsamında altlanmıyorsa zaten inceleme burada sonlanacaktır¹³³⁹. İlgili davranışın, koşulun veya hukuki konumun ilgili anayasal hakkın koruma kapsamına girip girmediği, anayasal hak normları yorumlanarak belirlenir¹³⁴⁰. Ancak bunun ötesinde anayasal hak normlarında yer alan terimlerin, sınırlama kayıtlarının ve anayasal sınırların koruma alanı ile ilişkisi, çok geniş bir konudur. Çalışmamızın bu bölümü aslında buna hasredilmiş durumdadır. Yine de “anayasal sınırlar” başlığı altında bu meseleye ayrıca eğileceğiz¹³⁴¹.

Peki, koruma alanının belirlenmesi bizim için neden bu kadar önemli? Koruma alanının belirlenmesinin bizim çalışmamız için önemli boyutunu, kişinin anayasal hakkının koruma alanı ile başkalarının anayasal haklarının koruma alanları arasındaki

¹³³³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56; Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, 2.

¹³³⁴ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 139 (para. 308); Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56.

¹³³⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56.

¹³³⁶ *Ibid.*

¹³³⁷ *Ibid.*; Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 26. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 22.

¹³³⁸ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 26.

¹³³⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 21.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, 22.

¹³⁴¹ Bkz. bu çalışma dp. 1526.

ilişki oluşturur. Çünkü çatışma, ancak belirli davranış şekilleri, anayasal hakkın korumasından yararlandığında ortaya çıkabilir¹³⁴². “Anayasal hak çatışmaları, hakların birbirleriyle uyumsuz kullanımlarında, bir diğer ifadeyle hukuki sonuçlarda ortaya çıkar; ancak hakların korunmasını tetikleyen olgusal koşullarda yaratılır”¹³⁴³.

Çatışma çözüme yönelik ilk strateji, anayasal hakların kapsamını tanımlamanın yeterli olduğu düşüncesiyle¹³⁴⁴, çözümü koruma alanı seviyesinde başlatmaktır¹³⁴⁵. Bu

¹³⁴² Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 113.

¹³⁴³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 86.

¹³⁴⁴ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 18.

¹³⁴⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 51. Kanadoğlu’na göre anayasal hakkın koruma alanının belirlenmesinde güvence kapsamının yorumu önem kazanır. Kanadoğlu’nun bu cümlesinden, yazarın koruma alanı ile güvence kapsamını aynı mı gördüğü, yoksa farklı mı gördüğü anlaşılmemektedir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 113. Yazar, sınırlama sorununun en üst düzeyde ortaya çıkan kayıtsız anayasal haklar içeren çatışma durumlarında, koruma alanının belirlenmesi somut olayla ilgili olduğu için, yasanın sistematik yorumuna başvurarak genel bir saptamanın yapılamayacağını belirtir. “Bu nedenle çatışma hallerinde koruma alanının yorumunda her hakkın hukuk düzenine eklenilebilmesi için gereken en alt maddi sınır dikkate alınmalıdır.” *Ibid.* Kanadoğlu, Müller’den aldığı sahnede cinayet işlenmesi davranışının sanat özgürlüğü ile haklı kılınamaması örneğini verir. Friedrich Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik* (Berlin: Duncker & Humblot, 1969), 55-57. Yine –ana metinde de rastlayacağımız- FAYM’nin *Sprayer von Zurich* kararında sanat özgürlüğünün etki alanının, sanatsal yaratım amacıyla yabancı mülkiyetten keyfi yararlanmayı veya yabancı mülkiyete zarar verilmesini kapsamadığı örneğine değinir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 113. Biz –daha ayrıntılı bir tartışmayı ve açıklamaları hak ettiği düşüncesiyle- ana metnimizde (çatışmadan kaçınma yöntemleri olarak) “içkin sınır teorileri” kapsamında, bunları ayrıntılarıyla tartışacağız. Zira Kanadoğlu’nun “en alt maddi sınır” olarak sunduğu kriter üzerinde birçok tartışma yürütülmektedir.

doğrultuda, anayasal hakkın kapsamı belirlenirken de başkalarının anayasal haklarına yönelik kullanımların¹³⁴⁶, anayasal hakkın amacına girmediği öne sürülür¹³⁴⁷.

Başkalarının anayasal haklarına yönelik kullanımları, koruma alanlarından dışlayarak, *koruma alanı düzeyinde* bir anayasal hak çatışma çözümünün oluşturulup oluşturulmayacağına ve böylelikle çatışmadan kaçınılıp kaçınılamayacağına dair soru önemlidir¹³⁴⁸. Koruma alanından dışlamak için hangi anayasal hak dogmatik yaklaşımlarının kullanılabilceğinin ayrıca incelenmesi gerekir¹³⁴⁹. Bu dogmatik yaklaşımlar kapsam teorilerine ilişkindir. Kapsam teorileri dar ve geniş kapsam teorileri olarak ayrılır. Aşağıda bunları ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

2. Dar ve Geniş Kapsam Teorileri

Gerek dar gerekse geniş kapsam teorisi anayasal hakkın koruma alanının genişliği sorunuyla ilgilenir¹³⁵⁰. Bir anayasal hakkın kapsamı ile hakkın hukuka uygun olarak sınırlandırılmasının sınırı arasındaki ayırım, şu soruyu yanıtlarken zorluğa yol açar: “Anayasal bir hak kesin bir hak mı yoksa ilk bakışta (*prima facie*) bir hak mı?”¹³⁵¹. Bu soruya yanıt vermek için *prima facie* hak kavramına dair yapılacak bir inceleme,

¹³⁴⁶ Céline Martin burada ve bölümün tamamında “*Angriffe*”, yani saldırı kelimesini kullanır. (“*Angriffe auf Grundrechte Dritter*”). Biz bu kelimenin kullanılmasından yana değiliz. Çünkü bu kelime kullanılarak, hakkını kullanmak isteyen bireyin ilgili davranışı, doğrudan “meşru olmayan” davranış olarak ilan edilmiş olur. Bu zeminden yola çıkıp başkalarının haklarına saldırı olarak nitelenen davranışın, koruma kapsamından çıkarılması meselesi elbette tartışılmaz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 58. Tartışılan bu davranışın hangi bakış açısıyla (yani hangi metot kullanılarak) koruma alanından dışlanacağı olur ki zaten Martin’in de sorduğu sorulardan biri budur. Biz Martin’e bu karşı çıkışımızı kavramlar kısmında da yapmıştık. Peki, anayasal hakkın üçüncü kişilerin haklarına zarar vermeyi içermeyeceğinin, hakkın amacından çıkarılacağını veya bu şekilde bir kullanımın korunamayacağı düşüncelerine katılmıyor muyuz? Hayır, kesinlikle katılıyoruz. Ana tezimiz bu zaten: İki hakkın kullanımının aynı anda mümkün olmadığı durumda -yani çatışmada- bu durumu algılamak, yorumlamak ve çözüm üretmek gerekir. Ancak “saldırı” olarak nitelendirmeye gerek kalmadan, zaten kişinin hakkı kapsamında kullandığı davranışın fiili imkansızlıkla karşılaşacağını biliyoruz. Çatışmanın tanımında olan da budur. Ayrıca eklemek gerekir ki çatışma hallerinde saldırı kavramı kullanılsa bile, bu saldırının tek taraflı olması mümkün değildir. Bu anlamda çatışmanın tanımında yer verdiğimiz “karşılıklı” kelimesini hatırlatmak isteriz. Nasıl ki bireyin hakkını kullanması başkasının hakkına “saldırı” olarak nitelenir, o halde bu başkasının hak kullanımını da birinci kişimiz için “saldırı” niteliğini alır. Çünkü başkasının hak kullanımını için onun hak kullanımının dışlanması gündeme gelir.

¹³⁴⁷ *Ibid.* Bu bakış açısından, anayasal hakların belirli uygulamalarını, hakkın koruması alanından çıkararak dar bir olgusal teori, İsviçre’de de haklı görülebilir. *Ibid.* Ayrıca bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 132. Bkz. bu çalışma dp. 1439.

¹³⁴⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, 58.

¹³⁵⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56, 58. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 66.

¹³⁵¹ Barak, *Proportionality*, 37.

doğrudan anayasal hakların çatışma problemi ve bu çatışmaların çözüm girişimleri ile bağlantılıdır¹³⁵².

Kapsam teorileri bağlamında, anayasal hak sahiplerinden birinin, diğer anayasal hak sahibinin hakkına yönelik bir kullanımının¹³⁵³, bir anayasal hak eylemi olarak görülüp görülmediği ve dolayısıyla anayasal hakkın kapsamında korunup korunmayacağı veya bu tür durumların koruma amacının daha yakından belirlenmesinin gerekip gerekmediği soruları özellikle önemlidir. Bu teorik incelemelerdeki merkezi soru şudur: Üçüncü tarafların (başkalarının) *anayasal hakkını olumsuz yönde etkileyen kullanımlar*¹³⁵⁴, anayasal hak korumasını talep edebilmeli midir?¹³⁵⁵

Anayasal hakkın korumasında bir daralma yapılması ve korumanın bir kısmının ortadan kaldırılması gerektiği tezi, yani *koruma alanı seviyesindeki* bir çözüm arayışı, anayasal hakların koruma yükümlülükleri çerçevesinde rahatsız edenin (*Störer*) konumu ile bağlantılı olarak tartışılır¹³⁵⁶. Burada *anayasal olarak korunan* davranışların, üçüncü tarafların temel haklarının kullanımıyla bağlantılı olan müdahale nedeniyle, temel bir hakkın korunması kapsamının dışında bırakılıp bırakılmayacağı cevaplanmalıdır¹³⁵⁷. Öyleyse, buradaki soru, kendi anayasal haklarını kullanırken başkalarının anayasal haklarına müdahale eden birinin (*Störer*)¹³⁵⁸, devletin müdahalesine karşı savunmacı korumadan yararlanıp yararlanamayacağıdır¹³⁵⁹. Savunmacı korumadan yararlanmasından kastettiğimiz bu kişinin kendi hakkının getirdiği devlete karşı savunma hakkından yararlanıp yararlanamayacağıdır. Söz gelimi yaptığı haber ile başkasının özel

¹³⁵² *Ibid.*

¹³⁵³ Céline Martin'in burada kullanım yerine "saldırı" (*Angriff*) kelimesini kullandığını tekrar vurgulayalım.

¹³⁵⁴ Céline Martin bu kısmı "temel hak ihlalleri" olarak sormaktadır.

¹³⁵⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 58.

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 51.

¹³⁵⁸ Céline Martin'i takip ederek üçüncü kişinin haklarının koruma alanından dışlanması meselesine özel bir önem veriyoruz. Çünkü bu konu, çatışmanın bir yönünü açıklamak için oldukça elverişli. Bununla beraber, "saldıran" ve "saldırı" kavramları yerine, "hakkını kullanan" ve "hakkın kullanımı" kavramlarını tercih etmiştik. Bu tercihimiz ve bu tercihin arkasındaki sahip olduğumuz görüş, başkalarının haklarını koruma alanı seviyesinde dışlayan teorileri değerlendirmemize ve işimize yarayacak görüşleri benimsememize engel değildir. Aslında ana metinde de açıklayacağımız üzere Martin'in benimsediği bu kavramlar "koruma yükümlülükleri" teorisini yansıtmaktadır. Biz ise ilgili yerde görüşümüzü tekrar netleştireceğiz.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, 51, 58. Aynı soru için bkz. Osman Can, "Neminem-Laedere-Gebot' als Kriterium der Verfassungswidrigkeit Privater Grundrechtsübergreifungen?", içinde *Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, yay. haz. Murat Yusuf Akın ve Oğuz Caner (İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2003), 918.

yaşamın gizliliğine zarar veren gazeteci, devlete karşı basın özgürlüğünün korunmasını talep edebilecek midir, edemeyecek midir?

Tersinden bakarsak, böyle bir durumda müdahale edenin –örneğimizde gazetecinin- kendi hakkının koruma alanının sınırlandırılmasına izin verilir mi? Bu sorunun arkasında yatan görüş şudur: Anayasal hakkın korumasına girmeyen eylemler, diğer anayasal haklarla da çatışamaz. Dar kapsam teorisi ile geniş kapsam teorisini karşılaştırırken tekrarlayacağımız üzere, koruma alanlarının böylesine kısıtlayıcı yorumlanmasının sonucunda, çok sayıda anayasal hak çatışmasının ortaya çıkması önlenecektir; çünkü müdahale edenin ilgili anayasal hakkı, koruyucu etkisini geliştirmeyecektir¹³⁶⁰.

Dar kapsam teorisi, anayasal koruma alanını, hakkı sadece düşük bir ölçüde sınırlamayı gerektirecek şekilde *koruma alanı düzeyinde* indirgerken; geniş kapsam teorisi, aksine, *prima facie* korumayı kapsamlı bir şekilde yorumlar ve böylece gerektiğinde *sınırlar düzeyinde* kapsamlı kısıtlamalar yapar¹³⁶¹. Başkalarının çatışan anayasal hakları, koruma düzeyinde mi, yoksa sadece sınırlamalar düzeyinde mi dikkate alınmalı¹³⁶² sorusu cevaplanmadan önce, dar ve geniş kapsam teorileri tartışılmalıdır. Geniş kapsam teorisi ile *başkasının hakkına zarar vermeme* ilkesini yasa kayıtlı olsun olmasın tüm temel hakların doğasında önceden mevcut olduğunu varsayan dar kapsam teorisi¹³⁶³, bu soruya birbirine zıt cevaplar verirler.

a. Dar Kapsam Teorileri

Dar kapsam teorileri (*Enge Tatbestandtheorien*), koruma alanı düzeyine içkin sınırlar koyan yazarlar tarafından savunulur. Bu görüşe göre, anayasal hakların koruma alanı baştan dar bir şekilde tanımlanmıştır ve bu nedenle daha az kısıtlama gerektirir; buna göre, sınırlamalardan (*Schranken*) tamamen veya büyük ölçüde vazgeçilebilir¹³⁶⁴.

Belirlemecilik yaklaşımının, dar kapsam teorisine karşılık geldiği söylenebilir. Belirlemecilik yaklaşımının çabası, hakkı istisnalarıyla beraber tanımlayarak hakkın

¹³⁶⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 51. Aynı yönde Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 18.

¹³⁶¹ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 327; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 58-59.

¹³⁶² Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 179; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 58.

¹³⁶³ Can, “‘Neminem-Laedere-Gebot’”, 918.

¹³⁶⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59.

sınırlanmasını veya ihlal edilmesini engellemek yönündedir¹³⁶⁵. Örneğin, hakkın belirlenmesi gerektiğini belirten Webber, böylece haklı olan davranışın ilgili anayasal hakkı ihlal edemeyeceğini belirtir. Çünkü hakkın içeriği bir kez kesinleştikten sonra, artık hakka uygun olma veya hakkı ihlal etme durumu vardır. Arada bir seçenek yoktur¹³⁶⁶. Bu yaklaşımda, çatışma gibi görünen durumlarda, aslında o çatışmanın mevcut olmadığını gösterecek şekilde hakkın tanımlanması ve gerektiğinde ise “hakkın alanının” çatışmaktan kaçınmak için daraltılması söz konusudur. Çatışma durumunda hakların kapsamı yeniden çizilerek çatışma ortadan kaldırılmış olmakta ve böylece çatışmanın çözümü değil, çatışmanın zaten mevcut olmadığı iddia edilmektedir. Böylece somut olay için uygulanacak, işlevsel tek bir hak kalır¹³⁶⁷.

Biz hakkın kötüye kullanılması yasağında belirlemecilik yaklaşımını tanımlamış ve hakkın kötüye kullanımı yasağına başvurmanın da belirlemeciliğin bir argümanı olduğunu belirtmiştik¹³⁶⁸. Nitekim hakkın kötüye kullanımı koruma alanı seviyesinde içkin sınır koymanın gerekçesi olarak savunulabilir. Kanaatimizce bu görüş, anayasa hukuku¹³⁶⁹ tartışmasındaki yerini, içkin sınır teorileriyle bulur.

Gerçekten de, hakkın ihlali olarak görülmesini engelleyecek şekilde “istisna” olarak kabul edilecek durumun, hakkın kendisine içkin olduğu kabul edilir¹³⁷⁰. Bu

¹³⁶⁵ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 45, 47, 153-154. Bu bakış açısının nihai amacı, hakkı sınırlandırılmayacak ve/veya ihlal edilmeyecek bir konuma, koyarak hakkın gücünü ve değerini korumaktır. *Ibid.*, 47.

¹³⁶⁶ Webber, *The Negotiable Constitution*, 124.

¹³⁶⁷ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 46.

¹³⁶⁸ Ayrıca bkz. “Avrupa İnsan Hakları Hukukunda hakkın kötüye kullanımı yasağı” başlığı.

¹³⁶⁹ Belirlemecilik yaklaşımı, büyük oranda ahlak felsefesi ile bağlantılı olarak çalışılmış ve literatürde bu şekilde kendine yer edinmiştir. Ancak biz, işin ahlak felsefesi boyutuna girmek istemiyoruz. Çalışmada ahlak ve hukuk felsefesine oldukça kapsamlı bir yer veren Köküsarı, bu konudaki literatürü de inceleyerek daha geniş açıklamalar yapmıştır. Bu konuda, yazarın çalışmasına bakılabilir. Bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 45-54.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, 48. Hakkın kapsamının geniş ve kapsayıcı ifadelerle belirlendiğini, ancak belirlemenin çoğunlukla daraltıcı ve sınırlandırıcı yönü olduğunu belirten Köküsarı’ya göre, bu ikisi kesinlikle birbirinden farklıdır. Yazara göre, belirginleştirme tek aşamalı haklarda mümkün değilken, iki aşamalı haklarda ise yalnızca ikinci aşamada söz konusu olabilir. Dolayısıyla Köküsarı’ya göre, hakkın kapsamı ortaya koymak bir belirleme işlemi değildir. *Ibid.*, 162. Biz bu konuda yazara katılmıyoruz. Köküsarı’nın, belirleme yönteminde, hak başka bir hakla çatışamayacağı için iki aşamalı teoride ikinci aşamada belirlemenin istisnalar dışında olmayacağı savunmasını anlıyoruz. Ancak aynı zamanda yazarın kendisi, belirleme yaklaşımına göre hakların, “hakkın kapsamı” şeklindeki ilk aşamadan ibaret olduğunu belirtmektedir. *Ibid.*, 163. Burada hakkın kapsamını belirleme yöntemine başvurmadan tespit etmek nasıl mümkün olacaktır ve dolayısıyla tek aşamalı haklarda belirleme nasıl mümkün olmamaktadır, biz bu kısmı anlamıyoruz. Bizce belirleme yöntemi dar kapsam teorisini temsil eder. Nitekim yazarın kendisi de “ ‘dar yorum’ için verilen örnekler, bazı yazarların hakkın kapsamı aşamasında ‘belirginleştirme’ yöntemi ima ettiğini göstermektedir”, demektedir. *Ibid.*, 161-162.

yaklaşım hukuk felsefesi çerçevesinde, genellikle “Kulübe” örneği ile tartışılır¹³⁷¹. Ama biz burada doğrudan hak çatışmasını ilgilendiren bir örnekten gidelim. Basın özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasındaki çatışmayı konu alan *Emin Aydın* başvurusunda, Anayasa Mahkemesi, ağır ifadelerle kaleme alınan bir yazıdan dolayı yazara adli para cezası verilmesini değerlendirmiştir¹³⁷². Mahkeme müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmaması ve ölçülülük ilkesine uyulup uyulmaması noktasında değerlendirmesini yapmıştır. Neticede müdahaleyi orantılı bulmuştur¹³⁷³. Dolayısıyla Mahkeme aşağıda ele alacağımız geniş kapsam teorisini izlemiştir. Önce basın özgürlüğü tanınmış ve sonra müdahale haklı görülerek sınırlama gerçekleştirilmiştir. Ancak Mahkeme, belirlemeci yaklaşıma göre basın özgürlüğünü, en baştan, yanlış bilgilendirme veya kişilerin saygınlığına zarar verme eylemlerini koruma alanı dışından çıkararak tanımlasaydı, hak çatışmasından da kaçınılmış olacaktı. Zira basın özgürlüğünü bu unsurlarla “sınırlı” şekilde kabul etmiş olacaktı¹³⁷⁴. Böyle bir yaklaşım dar kapsam yaklaşımını takip etmek olacaktı. Öyleyse belirlemecilik yaklaşımı da dar kapsam teorisi altında değerlendirilebilir.

İçkin sınırları¹³⁷⁵ veya daraltılmış koruma alanlarını belirlemek ve başkalarının çatışan anayasal haklarını değerlendirmek için çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir. Tüm görüşlerin ortak noktası, başkalarının haklarıyla çakıştıkları için ilgili kullanımları, anayasal hakların koruma alanından dışlama amacı taşımalarıdır¹³⁷⁶. Biz bunlardan

Yazar burada, kalabalık caddede resim yapma örneğini verir. Sanat hakkı dar yorumlandığında, trafiğe engel olmayan faaliyetler hakkın kapsamına girecektir. Bizce yazarın verdiği örnek de bizi haklı çıkarmaktadır. Yazarın buna karşı çıkmasındaki argüman, bu durumda dahi gizli bir tartım ve dengeleme işleminin olduğudur. Bu da hakkın kapsamı aşamasına değil, koruma alanı veya sınırlandırma aşamasına aittir. *Ibid.*, 162. Gerçekten de bizim de aşağıda ele alacağımız üzere, dar kapsam teorisine yönelik eleştirilerden biri budur: Gizli bir tartım ve dengeleme yürütmek. Ancak bu kabul edilse dahi, bunun geniş kapsam teorisindeki gibi bir dengeleme olmadığını, en azından gerekçelendirme aşamasına bu şekilde yansımadığını göreceğiz. Dolayısıyla sadece buna dayanarak hakkın kapsamının belirginleştirilmeci yaklaşımdan tamamen farklı olduğu kabul edilemez. Biz bunun dar kapsam teorisini yansıttığını düşünüyoruz. Köküsarı'nın bunların aynı olmadığını söylerken kapsamın geniş ve kapsayıcı ifadelerle belirlendiği kısmının da dar kapsam teorisi için geçerli olmadığı ortadadır. Ancak burada kastettiğimiz, aşağıda ana metinde ayrıntılandıracağımız “koruma alanı düzeyine içkin sınır koyan teoriler”dir. Nitekim koruma alanına içkin sınırlar koyan yazarlar, dar bir kapsam teorisini; sınırlama düzeyinde içkin sınırları uygulayanlar, geniş bir kapsam teorisini temsil ederler. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56. Bkz. ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 52-53 (dp. 294).

¹³⁷¹ Bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 37.

¹³⁷² *Emin Aydın*, B. No. 2013/2602, 23/1/2014.

¹³⁷³ *Emin Aydın*, para. 80, 81.

¹³⁷⁴ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 36-37.

¹³⁷⁵ Ayrıca Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 74.

¹³⁷⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59.

önemli gördüklerimizi aşağıda “içkin sınır teorileri” başlığı altında inceledik¹³⁷⁷. Dolayısıyla dar kapsam teorileriyle ilgili açıklamalarımız, içkin sınır teorileriyle bağlantılı olarak devam edecektir. Ancak bunları açıklamadan önce, geniş kapsam teorisini de kısaca ele almakta yarar vardır. Böylece dar kapsam teorilerine dair açıklamalar, daha belirgin hale gelecektir.

b. Geniş Kapsam Teorisi

Geniş kapsam teorisi, anayasal hakkın korunma kapsamının, ilgili konunun tamamen kapsadığını, yani başka haklarla veya değerlerle çatışsa dahi her olgunun anayasal ilke ile korunacak koruma kapsamına girdiğini varsayar¹³⁷⁸. Hatta hakkın kapsamı suçları, cinayet ve soygun eylemlerini dahi içerir. Örneğin şiddet içeren bir toplanma da toplanma özgürlüğünü düzenleyen maddenin kapsamına girer¹³⁷⁹. Ancak bunlar geniş kapsam teorisyenleri tarafından nihayetinde anayasal hak olarak varsayılmazlar¹³⁸⁰. Kişinin istediğini yapması yalnızca “ilk bakışta hak” olarak potansiyel koruma altındadır. Neticede bu varsayım, her zaman etkili güvence alanına karşılık gelmez¹³⁸¹.

Bu görüşün en önemli temsilcilerinden biri olan Robert Alexy, koruma alanı tahsisi için iki merkezi kural önerir:

“(1) Bir altlama (*subsumtion*) için **yalnızca bir özelliğe** sahip tüm uygulamalar, mevcut diğer özelliklerden bağımsız olarak, temel bir hakkın koruma kapsamına girmelidir”¹³⁸².

“(2) Kapsamı tanımlayan kavramların **semantik hareket alanı içinde**, geniş yorumlar kabul edilmelidir”¹³⁸³.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, 59 (dp. 266) açıklamalarını, anayasal hak çatışmalarıyla ilgili görünenler olarak, yalnızca Müller’in “hukuki nitelik kaydı”, “koruma yükümlülükleri” ve “üçüncü kişilerin üstün anayasal hakları” görüşleriyle sınırlamıştır. Biz daha geniş bir görüş yelpazesine yer vermeyi uygun gördük.

¹³⁷⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 210; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, s. 84.

¹³⁷⁹ Bleckmann, Albert, *Staatrecht, II, Die Grundrechte*, 3. baskı, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, 333’den aktaran Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 919.

¹³⁸⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 85.

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 210. Vurgu bize aittir.

¹³⁸³ *Ibid.* Vurgu bize aittir.

Geniş kapsam teorisinde koruma sadece *prima facie* vardır, çünkü daha sonra hak sınırlanabilir. Bu nedenle, anayasal haktaki herhangi bir zarar görme, sınırlamalar (*Schranken*) düzeyinde değerlendirilmelidir¹³⁸⁴.

Dışsal teoriyle bağlantılı olarak, geniş kapsam teorisinin de dogmatik temelini ilkeler teorisi oluşturur¹³⁸⁵. İlkeler teorisini savunan Alexy'nin anayasal hak normlarını, ilk bakışta (aynı zamanda) optimizasyon gereklilikleri olarak kabul ettiğini açıklamıştık. Bu teoride, ilke niteliğinde kabul edilen hakların incelenmesinde daima ölçülülük ilkesini temel alan bir değer tartımına başvurulacaktır. Bu da, ispat yükümlülüğünün devlette olduğu ve devletin, müdahalesini her zaman haklılaştırma yükümlülüğü altında olduğunu gösterir¹³⁸⁶.

Bu teoride özgürlüğün kullanılmasıyla çatışan tüm konular, hakkın korunmasına karşı nedenler ne kadar güçlü ve açık olursa olsun, sınırlamalar düzeyinde ele alınmaktadır. Başkalarının hukuki çıkarları ve belirli toplumsal değerler, *koruma alanı düzeyinde* değerlendirilemez¹³⁸⁷. Tüm insan davranışları, buna kötüye kullanım veya genel zarar veren davranışlar da dahildir, “sadece tematik olarak değil, aynı zamanda ilgili araçlardan ve faaliyetin etkisinden bağımsız olarak”, hakkın koruma alanında kabul edilir¹³⁸⁸.

Bu teoriye göre, örneğin kavşaktaki ressamın sanat özgürlüğünün sınırlanması, sınırlamalar düzeyinde gerçekleşmelidir¹³⁸⁹. Örneğin, basın özgürlüğünün geniş kapsam teorisi çerçevesinde ele alındığını düşünelim ki bunun tersi olarak, “basın” kavramının dar yorumlanmasını öneren yazarlar da vardır. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi geniş yorumu benimsemiştir. Buna göre, basın kavramı, siyasi-kültürel ve felsefi yönelimle ilgili haberlerin ve fikirlerin yayınlanması ile sınırlı olmayıp gazete ve dergilerdeki diğer bilgilerin yayınlanmasını da içerir¹³⁹⁰. “Basın” kavramı geniş olarak ve şekli kriterlerle yorumlandığında, bireysel yayınların değerlendirilmesi bir kriterle bağlanamayacaktır. Federal Anayasa Mahkemesine göre, basın özgürlüğünün yalnızca “ciddi” basın için

¹³⁸⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 84.

¹³⁸⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 86.

¹³⁸⁶ *Ibid.*; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 139.

¹³⁸⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 86.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, 84-85.

¹³⁸⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69.

¹³⁹⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 210.

geçerli olması kabul edilemez. Mahkemenin, sınırlamalar açısından yararlandığı sonuçlara bakıldığında geniş yorumun, anayasal korumayı “her yayıncıya her bağlam ve her içerik için aynı kapsamda” sağladığı anlamına gelmediği görülecektir¹³⁹¹. Aksine söz konusu yayının ilgili özellikleri dikkate alınarak “anayasal olarak korunan diğer menfaatler ile basın özgürlüğü arasında dengeleme” yapılır¹³⁹². Mahkemenin bu yorumu “geniş kapsam teorisi”nin tam bir örneğidir¹³⁹³.

Alexy aslında dar ve geniş kapsam teorilerinin yaklaşımını kendince şu ifadelerle basitçe özetlemiştir: “Belli bir eylemin anayasal olarak korunup korunmadığına dair bir şüphe meydana gelirse cevap ya korunuyor ya korunmuyor şeklinde olacaktır”¹³⁹⁴. Bununla bağlantılı olarak yazar kapsam ve sınır arasındaki ayrımı haklılaştırmanın şu dört versiyonuna değinir:

“1. Kapsam artı, sınır artı: Hak korunmaz. 2. Kapsam artı, sınır eksi: Hak korunur
3. Kapsam eksi, sınır artı: Hak korunmaz. 4. Kapsam eksi, sınır eksi: Hak korunmaz. Geniş konsepti benimseyen tipik olarak birinci argümanı seçecektir. Dar teoriyi benimseyen ise 3’ü veya 4’ü seçecektir. Üçüncüsü zaten çifte haklılaştırmaya sahip. Eylem hakkın kapsamına girmez. Öyle olsaydı bile sınır klozu tarafından kaplanırdı”¹³⁹⁵.

3. Ara Bağlantı

Yukarıda, dışsal ve içsel teoriler ile dar ve geniş kapsam teorilerine öncelikle yer vermeyi uygun bulduk. Çünkü dışsal bir teori modelinden yola çıkarak içkin sınırların (*Grenzen*) veya sınırlamaların (*Schranken*), koruma alanı düzeyinde mi, yoksa sınırlama düzeyinde mi dikkate alınması gerektiği sorusu, öncelikle anayasal hakların koruma alanının genişliği veya kapsamı ile ilgilidir¹³⁹⁶. Bu konuda, açıkladığımız üzere, “dar” ve “geniş” kapsam teorileri farklı yanıtlar üretmiştir¹³⁹⁷.

¹³⁹¹ BVerfGE 34, 269 (283) (*Soraya*). Dikkat çeken *A Theory of Constitutional Rights*, 210-11.

¹³⁹² BVerfGE 34, 269 (283).

¹³⁹³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 211.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, 200-201.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, 201.

¹³⁹⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 56; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 49.

¹³⁹⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 49.

Ancak içkin sınırlardan “koruma alanı” düzeyinde mi yoksa “sınırlama” düzeyinde mi bahsedileceği sorusunu, içkin sınır teorilerini ve özellikle “çatışmadan kaynaklanan sınırlılık hali”ni ele aldıktan sonra yanıtlayacağız.

Biz anayasal hakları kurallar olarak kabul ettiğimizi ifade etmiştik. Alexy’nin ifade ettiği tarzda –geniş kapsam teorisinde- bir hakkın önce *prima facie kapsamının* olduğu, ancak sonrasındaki sınırlamayla belirlenen kapsamın *kesin kapsam* olduğu görüşüne de katılmıyoruz. Bir anayasal hakkın kapsamının, sonrasında anayasa altı düzenlemelerle sınırlandırılması bu hakkı *prima facie* hak haline getirmez¹³⁹⁸. Barak’ın dediği gibi (ilke olarak kabul edilen) iki anayasal hakkın çatışması halinde, bu haklar arasındaki orantılı dengeyi yansıtan yeni bir türetilmiş anayasal kural yaratılsa¹³⁹⁹ dahi bu kural, ancak anayasal altı düzeyde işleyebilir. Anayasal düzeyde etkisi yoktur¹⁴⁰⁰. Bu yaklaşımın anahtarı, yazarın belirttiği üzere, anayasal hakkı *prima facie* hak olarak değil, fakat kesin hak olarak ele almaktır¹⁴⁰¹.

Yine Barak’ın verdiği örnek ile devam edelim. İfade özgürlüğünü tam kapsamıyla beraber düşündüğümüzde, bu hak kendi başına kesin ve tam bir anayasal hak olarak görülecektir. Ancak kamu düzeni veya başkalarının hakkı nedeniyle, bu hakkın tam kapsamı çerçevesinde gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. Fakat yine de hakkın gerçekleşmesi üzerindeki bu sınırlamalar, anayasal seviyede kabul edilemeyeceği için hakkın kapsamı da değişmez. Bir kanunda veya gelenek hukukunda, bir hakkın koruma kapsamını, anayasal olarak korunan diğer ilkelerin¹⁴⁰² geliştirilmesi lehine sınırlayan sınırlama hükmü ile anayasa altı düzeyde bir sınırlama gerçekleştirilebilecektir¹⁴⁰³.

Alexy’nin kesin kapsam diye ifade ettiği süreç, esasen kapsamın değil ancak koruma alanının belirlenmesidir¹⁴⁰⁴. Koruma alanının, kapsamdan daha dar bir şekilde tanımlanması kapsamın azaltılması anlamına gelmez. Bu yalnızca hakkın, anayasal altı seviyedeki gerçekleşme oranına işarettir. Öyleyse sınırlanma imkanı, hakkı *prima facie*

¹³⁹⁸ Barak, *Proportionality*, 37-38.

¹³⁹⁹ Burada kastedilen aşağıda göreceğimiz yazılı olmayan anayasal hak sınırlama klozudur.

¹⁴⁰⁰ Barak, *Proportionality*, 39-40.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, 40.

¹⁴⁰² Barak’ın anayasal hakları ilkeler olarak reddetmediği anlaşılmaktadır. Ancak Barak, bunları *prima facie* değil kesin hak şeklinde görerek Alexy’den ayrılmaktadır. *Ibid.*, 41.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, 40.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, 41.

hakka dönüştürmez. Yalnızca ispat yükünü etkileyecek şekilde hakkın *prima facie* ihlali konusunu gündeme getirebilir¹⁴⁰⁵.

Bu görüşün çatışmaya yansımalarına bakarsak, “başkalarının hakları” ikinci aşamada, yani hakkın kapsamı belirlenip de sınırlamaların haklılığı aşamasına geçildiğinde dikkate alınmalıdır. Bu anlamda, örneğin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda özel yaşamın gizliliği veya iyi bir itibardan yararlanma hakkı gibi başkalarının haklarının değerlendirilmesi *hakkın kapsamını* kısıtlamamalıdır¹⁴⁰⁶. Dolayısıyla anayasal bir hak olarak ifade özgürlüğü çerçevesinde, kişi itibarına ve özel yaşamına yönelik ifadelerin değerlendirilmesi, hakkın kapsamının belirlenmesi ile değil, gerçekleştirilmesi imkanlarının değerlendirilmesi ile ilişkilidir¹⁴⁰⁷. Böylece ifade özgürlüğü ile kişi itibarı veya özel yaşamın gizliliği hakkı arasında bir çatışma ortaya çıktığında, çözüm anayasal altı düzeyde aranacaktır¹⁴⁰⁸.

Çalışmamızın devamında dar ve geniş kapsam teorilerini karşılaştıracamız ve Almanya’da son dönemlerde güncel hale gelen “güvence alanı” teorisini bu ayırmda konumlandıracağız. Söz konusu karşılaştırmayı kapsam teorilerini hemen anlattıktan sonra yapabildik. Ancak her ne kadar örnekler versek de bu konunun çok soyut kaldığının farkındayız. Böyle bir durumda, yapacağımız karşılaştırmamızın da zihinde somutlaşmama riski vardır. Bu nedenle aşağıda içkin sınır teorilerini ve FAYM’nin çatışma çözüm yöntemini anlattıktan sonra bu karşılaştırmayı yapacağız. Bu teorilerin altına giren farklı görüşler okunduktan sonra, yani bölüm sonunda yapılacak olan karşılaştırma daha sağlam bir temele dayanacaktır.

Bu bölümün başında “ön sorunlar”ı değerlendirmeye geçmeden önce, kayıtsız anayasal hakların sınırlandırılabilmesine dair “içkin sınır teorileri”yle ve “çatışmadan doğan sınırlılık” teorisine karşılaştığımızı yazmıştık¹⁴⁰⁹. Hak ve sınır ilişkisine dair kavramsal çerçevemizi oturttuğumuza göre, artık “içkin sınır teorileri”ni ele alabiliriz.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, 41. Ayrıntılar ve bu yaklaşımın avantajları için *Ibid.*, 41-42.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, 80.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, 81.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ Ayrıca bkz. “Sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin reddi sonucunda doğan argümanlar” başlığı.

Ancak öncesinde bu teorilerin ortaya çıkmasının esas nedeni olan, kayıtsız anayasal hakların sınırlandırılması konusunu değerlendirmemiz gerekir.

III. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARI İLE ANAYASAL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Çalışmamızın devamında ayrıntılarıyla açıklayacağımız üzere, çatışmadan kaçınmak için haklar arasında sınır çizmeye veya çatışmayı çözmek için hakları sınırlandırmaya sıklıkla başvurulur. Bu, çatışma sorununun aslında anayasal hakların sınırlanması rejimi sorunu olduğuna dair literatürdeki yaygın anlayışın¹⁴¹⁰ sonucudur. Bu anlayışa göre, anayasal hak çatışmalarıyla ilgili sorunun ana konusu, belirli özgürlük alanlarının birbirleri arasında ve toplum karşısında sınırlandırılmasıdır.¹⁴¹¹ Dolayısıyla anayasal hak çatışmaları, somut olaylar bütününe bağlı olarak, anayasal hakların sınırlandırılmasının özel bir sorunu olarak görülür¹⁴¹². Bu ilişkiyi aşağıda daha geniş bir çerçevede ortaya koyacağız.

A. SORUNUN ORTAYA KONMASI

Anayasal hakların çatışmasını, iki anayasal hakkın aynı anda uygulanamadığı ve böylece bir hakkın gerçekleştirilmesinin diğerinin uygulanmasını karşılıklı olarak zedelediği durumlar olarak tanımlamıştık. Sınırlama hukuki olarak mümkün olduğunda, çatışmanın da ortaya çıkmasının önlenmesi veya çözülmesi mümkün kılınmış demektir. Çünkü anayasa koyucunun hakların karşı karşıya gelmesini önceden öngördüğü ve bir hak lehine sınırlama sebebi düzenlediği durumlarda, yasa koyucuya çatışmanın çözümüne dair bir yol gösterilmiş olur.

Örneğin, Anayasamızın 26'ncı maddesinde “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” düzenlenmiş, diğerlerinin yanı sıra, “başkalarının şöhret veya haklarının, özel

¹⁴¹⁰ Bu düşünceyi savunan Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 1. Hess de, anayasal haklar çatışmasını, esasen anayasal hakların sınırlandırılması sorunu olarak görmektedir. Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 50. Gözler daha net ifadeler kullanmaktadır. Yazara göre, “çatışma hukuk tekniği olarak daima çatışan hak veya hürriyetlerden birinin sınırlandırılması suretiyle çözümlenir. Başka bir ifadeyle, çatışmanın çözümlenmesi demek, çatışan hak veya hürriyetlerden birinin sınırlandırılması demektir.” Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 251. Gözler'in çatışmayı, sigara içme özgürlüğü temelinde değerlendirdiği makalesindeki bir diğer ifade ise şudur: “Özgürlüklerin çatışmasının çözümü, onların sınırlandırılmasından geçer.” Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 40.

¹⁴¹¹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 5.

¹⁴¹² *Ibid.*

ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması” bu hürriyetin sınırlama sebepleri olarak öngörülmüştür. Bu sınırlama sebepleri, çok büyük olasılıkla yasa koyucunun düzenlemesiyle, başkalarının hakları olarak somutlaşıp, düşünceyi yayma hürriyetiyle karşı karşıya gelecektir. A kişinin herhangi bir ifadesi B kişinin şöhretini zedelediğinde, A kişinin ifade özgürlüğü somut duruma göre sınırlanabilecektir. Burada, ortaya çıkacak çatışmanın yasa koyucu tarafından önceden öngörülüp düzenlenmesi, çatışacak hakların pozisyonlarının belirlenmesi söz konusudur.

Sınırlama kaydı öngörülmemiş anayasal haklar için durum farklıdır. Genel sınırlama sebeplerinin de olmadığı bir rejimde, taraflardan en az birinin kayıtsız anayasal hakka sahip olduğu çatışmada, anayasal hakkın nasıl sınırlandırılacağı sorusu gündeme gelir. Yine kendi Anayasamızdan yola çıkarsak; örneğin 36’ncı maddede hak arama hürriyeti, hiçbir sınırlama nedeni öngörülmeden düzenlenmiştir. Ancak bu, bir dilekçe verilerek kullanılan hak arama hürriyetinin, dilekçede bahsedilen kişinin Anayasanın 17’nci maddesinde güvence altına alınmış kişilik haklarıyla veya Anayasanın 20’nci maddesinde öngörülen özel yaşamın gizliliğiyle çatışmasına engel değildir.

Bir hakkın koruma alanı ile başka bir hakkın koruma alanı kesiştiğinde, bu koruma alanları arasında sınır çizilerek hak çatışmalarıyla başa çıkılacak, daha doğrusu çatışmadan kaçınılacaktır¹⁴¹³. Yukarıda verdiğimiz ifade hürriyeti örneğinde, hakkın koruma alanının sınırlandırılmasıyla –ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında sınırlar çizilerek- çatışmanın ortaya çıkması önlenmiş olacaktır. İkinci örnekteki gibi, iki anayasal hak pozisyonundan ne birinin ne de diğerinin sınırlanmasının mümkün olmadığı durumda ise çatışma kaçınılmazdır¹⁴¹⁴. Öyleyse neden çatışma konusu ile anayasal hakkın sınırlanmasının iç içe geçtiği ve çatışmanın neden sınırlama temel alınarak çözülmeye çalışıldığı anlaşılabilir.

Anayasal hak çatışmalarının, anayasal hakların sınırlandırılması rejimi ile bağlantılı olarak ele alınmasının sonucunda, çatışmaya dair ortaya çıkan en zor

¹⁴¹³ Zucca –kendi genel açıklamaları bağlamında- bu cümlede koruma alanı kavramına karşılık gelecek şekilde, “egemenlik alanı” kavramını kullanır. Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 21-22.

¹⁴¹⁴ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 98. Bir kişinin temel hakkı ile bir başkasının temel hak pozisyonunun karşılaşmasında, bir temel hakkın geçerliği diğeri aleyhine iddia edilir. Böyle bir karşılaşmada, diğeri temel hakkın karşı pozisyonunun sınırlandırılmasıyla çatışma ortadan kaldırılıyorsa, temel hakkın uygulanması diğerinin koruma alanını etkilemiş demektir. *Ibid.*, 98.

sorunlardan biri, sınırlama kaydı içermeyen (koşulsuz (*vorbehaltlos*), kayıtsız) anayasal haklar olmuştur¹⁴¹⁵. Bu hakların sınırlandırılması ihtiyacı, özellikle çatışmaların varlığı ile beraber daha iyi anlaşılmuştur¹⁴¹⁶. Çatışma sorunu bu haklar için özel bir önem taşımıştır. Bu haklar, çatışmaya dair Alman anayasa hukuku dogmatığının neredeyse çekirdeğini temsil etmiştir¹⁴¹⁷. Bunun sonucunda anayasal hak çatışmaları, yoğun olarak kayıtsız anayasal hakların sınırlanabilirliği meselesi ile beraber ele alınmıştır¹⁴¹⁸.

Aşağıda, sınırlama kaydına yer vermeyen anayasal haklara dair tartışmayı özel olarak ele alacağız. Ancak sınırlama ile çatışma arasındaki ilişki bundan ibaret değildir. Biz sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklardan başlamayı, bu tartışmaların esas tetikleyicisi olduğu için daha uygun gördük. Böylece bu kategorideki anayasal hakların yarattığı özel sorunlara ışık tutup, sonrasında da bu özel sorunun da içinde yer aldığı genel çatışma çözüm yöntemi olarak sınır çekme ve sınırlama konusuna dönmek, çalışmanın gidişatı açısından daha kolay olacaktır.

Ayrıntılara geçmeden önce, konunun kapsamını doğru belirlemek açısından, buraya bir not daha iliştiirmek gereklidir. Yukarıda özel sınırlama sebebi öngörölmüş anayasal hakka (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti) ve sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakka (hak arama hürriyeti) dair, iki ayrı örnek verdik. Ancak bu örneklerimiz, sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklara ilişkin yapacağımız açıklamaların, sadece bu tür haklar için geçerli olduğu yanılıgısına yol açmamalıdır. Değineceğimiz teoriler ve bu bağlamdaki iddialar, özellikle sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklar için ileri sürölseler de –kabul edildikleri takdirde- anayasal hakların tümü için geçerlidirler¹⁴¹⁹. Örneğin, en başta kendi norm alanlarıyla ve anayasanın diğer hükümleriyle sınırlı olmak –kabul edildiğinde- bütün hak ve özgürlükler için savunulacaktır. Buna, haklarında özel sınırlama sebepleri öngörölmüş hak ve özgürlükler de dahildir¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁵ *Ibid.* Kanadoğlu'na göre, bu durum somut olayla ilgili olarak belirlenecektir. *Ibid.*, 113. Çatışma tipolojisini ele alırken bu konuya değindik.

¹⁴¹⁶ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 693.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, 693-94; Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 314.

¹⁴¹⁸ BVerfGE 28, 243 (260/261). Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 165; Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 132; Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 55 vd; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 33.

¹⁴¹⁹ Aynı yönde Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 255.

¹⁴²⁰ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 261.

Çatışmaya taraf her bir hakkın sınırlama olanakları araştırılırken ilgili hakkın doğrudan anayasa kayıtları, nitelikli veya basit yasa kayıtları¹⁴²¹ içerip içermediği önem kazanır¹⁴²². Biz, anayasal hakların çatışması ile sınırlama ilişkisini incelediğimizde, sınırlama kaydı öngörülmemiş anayasal haklar ile özel sınırlama nedeni öngörülmuş anayasal haklar arasında ciddi bir ayırım görmüyoruz¹⁴²³. Sınırlama kaydı öngörülmemiş anayasal haklar üzerinde durmamızın sebebi, bu hakların başkalarının haklarıyla çatışması halinde, bir sınırlama gerekliliğinin ortaya çıkacağına dair hali hazırda öğretilmiş görüşlerin varlığıdır. Fakat aynı durum, sınırlama sebepleri öngörülmemiş anayasal haklar için de geçerli olabilir. Özel sınırlama sebepleri, bu hakların –özlerine dokunmamak kaydıyla- koruma alanlarının daraltılmasına olanak tanır¹⁴²⁴. Buna rağmen, bu hakların kendi maddelerinde öngörülmemiş herhangi bir özel sınırlama sebebine karşılık gelmeyen, başka bir hakla çatışmaya girmeleri her zaman ihtimal dahilindedir. Bu duruma bakış açımız, sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklara yönelik olandan farklı olmayacaktır¹⁴²⁵. Özel sınırlama sebebi öngörülen (nitelikli yasa kaydı içeren) anayasal haklar için durum bu iken, elbette basit yasa kaydı¹⁴²⁶ içeren anayasal hak ve özgürlükler

¹⁴²¹ Yasa kayıtlarının, ilgili anayasal hakkın koruma alanı ve sağladığı güvenceler üzerindeki etkileri farklıdır. Ancak, yasalar aracılığıyla anayasal hakların koruma alanını daraltma imkanı yasa koyucuya sağlamaları, ortak noktalarıdır. Böylelikle yasa kayıtları, anayasal hakları, anayasaya uygun olarak sınırlamanın gerekçesini oluştururlar. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 10.

¹⁴²² *Ibid.*, 113.

¹⁴²³ Nitekim özel sınırlama sebebi, genel ve soyut kaleme alındığında, hak ve özgürlük açısından risk doğar. Buna örnek “milli güvenlik” veya “kamu düzeni” ya da “genel ahlak” gibi sebeplerin sıralandığı Anayasa madde 33/3 gösterilebilir. Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 129. Aynı yönde Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 262. Özel sınırlama sebebi, örneğin Anayasada düşüncüyü açıklama özgürlüğüne yönelik olarak getirilmiş olanlar, ne kadar soyut ise hakimnin yargısal takdir yetkisi de o kadar genişler. Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 54.

¹⁴²⁴ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 262.

¹⁴²⁵ Sanıyoruz ki Kanadoğlu’nun “çatışan anayasa normlarıyla sınırlama modelinin” geniş kapsamlı bir uygulama alanı olduğu ve ana uygulama alanı dışında, her çeşit temel hak hükmüne karşı sınırlandırmanın gerekçelendirmesinde dayanak olabileceğini belirtmesiyle kastettiği de budur. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 16. Bu duruma iyi bir örnek olarak bkz. bu çalışma dp. 3428.

¹⁴²⁶ Sınırlama nedeni içermemekle beraber sadece sınırlama klozu, yani basit yasa kaydı içeren bazı temel hak ve özgürlüklere Anayasa m. 17/2 (“kanunda yazılı haller”), Anayasa madde 20/son (“kanunda öngörülen haller”), madde 22/son (“İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”) veya Anayasa madde 54/3 (“Grev ve lokavtkın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunda düzenlenir”) örnek olarak gösterilebilir. Bu maddelerde, kanunla sınırlamaya gönderme veya kanuna doğrudan gönderme söz konusudur. Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 130. Nitelikli yasa kayıtlarında ise belli nitelik ve koşullar ile belli amaçlara yönelik sebepler, sınırlama için şart koşulmaktadır. Basit yasa kayıtlı sınırlamalar ve nitelikli yasa kayıtlı sınırlamalara dair daha fazla açıklama için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 29-30; Arda Atakan, “Friedrich Müller’in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’

için buna gerek kalmaz. Yasa kaydı öngörülen haklar için birçok anayasal hakların çatışması durumu, yasal düzeyde altlama yoluyla çözülebilir¹⁴²⁷. Bu durumda yasa koyucu, kanunla sınırlama kaydına uyararak, ilgili koşullara uygun bir şekilde, çatışma ihtimali olan durum için hakkı sınırlayabilir.

Yukarıda sebeplerini açıkladığımız üzere, bu başlık için yöntemimiz genel konudan özele gitmek yerine, özel konudan genele geçiştir. Bu nedenle çalışmamıza, anayasal hak çatışmaları ile anayasal hakların sınırlandırılması ilişkisi başlığı için bize çok önemli bilgiler sunacak olan, “sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakları sınırlandırılma gerekçeleri” başlığıyla devam ediyoruz.

B. SINIRLAMA KAYDINA YER VERMEYEN ANAYASAL HAKLARI SINIRLAMA GEREKÇELERİ

Sınırlama kaydına yer vermeyen anayasal hakları sınırlama gerekçelerinin temelinde, aslında tek bir ana düşünce yatar: Sınırsız bir hak veya özgürlük düşüncesi olamaz! Aşağıda öncelikle bu görüşü açıklayacağız. Ardından da bu görüşün sonuçları olan teorileri inceleyeceğiz.

1. Sınırsız Hak ve Özgürlük Düşüncesinin Reddi

Sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin reddi, liberal demokrasilerin klasik özgürlük anlayışını yansıtır. Buna göre, mutlak ve sınır tanımayan niteliğe sahip olan özgürlüğün tek sınırı, başkalarının özgürlüğüdür. Liberal demokrasilerde, tüm bireylerin mümkün olduğunca özgür biçimde hareket etmesi savunulmakla beraber, bireylerin toplum içinde yaşaması için belli bir düzen, dirlik ve esenliğin sağlandığı bir ortam da gereklidir. Dolayısıyla bireyselliği ön planda tutulan kişinin, toplumsal bir varlık olduğu gerçeği de dikkate alınır¹⁴²⁸.

Doktrinde herhangi bir çatışmadan bağımsız, mutlak olarak belirlenen bir özgürlüğün saçmalıklara yol açtığı şeklinde ağır eleştiriler yapılmıştır. “Herkesin herkese

Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, no. 3-4 (2010): 4-5. Alman hukuku için bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 76-79.

¹⁴²⁷ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 113.

¹⁴²⁸ İlhan Akın, *Kamu Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979), 392; Ömer Anayurt, *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti* (İstanbul: Kazancı, 1998), 132; Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 19. Ayrıca bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 147, 151-152.

karşı mücadelesinde, özgürlük hakları ideal-tipik bir şekilde inşa edilebilir; ancak pratikte bu haklar karşılıklı olarak münhasırlardır”¹⁴²⁹. Bireysel alanın genişlemesi, kaçınılmaz olarak üçüncü tarafların kişilik haklarını da olumsuz yönde etkileyeceği için, zorunlu olarak karşılıklı saygı görevi özgürlük hakkının doğasından kaynaklanır¹⁴³⁰.

Toplumsal yaşamın sürekliliği için özgürlüklerin sınırlandırılması kaçınılmazdır¹⁴³¹. Yazılı anayasal bir devlette sınırsız anayasal haklar olamaz. İnsanın yalıtılmış olmasını kabul etmeyen temel imajı nedeniyle, sınırsız temel haklar ancak Robinsontari deneyimlerde düşünülebilir. Oysa modern anayasal devletler, karşılıklı bir düzen oluştururlar. Bir temel hak, başka bir temel hakkı veya sosyal ilişkilerde kullanımı tetiklediğinde bununla orantılı olarak sınırlar kaçınılmaz olacaktır¹⁴³². Bu düşüncenin özünü T.T. Yüce'nin sözleriyle de özetleyebiliriz:

“Sınırsız hak olmaz. Kullanılma imkanı, başkasının kullanma imkanını engellediği yerde sona erer. Özellikle başkasının daha üstün bir temel hakkına zarar verdiği noktada temel hakkın kendi sınırını geçen kullanılışı daha da belirgin hale gelir. Yan yana yapılmış hücrelerdeki gibi bir duvar, bir sınır iki hakkı (hürriyeti) birbirinden ayırır. Böylece birinin sınırı ötekini de sınırlandırır”¹⁴³³.

Kişinin hak ve özgürlüklerinin, başkalarının hak ve özgürlükleriyle çatışabileceği ve bu nedenle sınırlandırılabilirliği düşüncesi, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesine kadar gitmektedir (Bkz. Beyanname, m. 4)¹⁴³⁴. 1789 Beyannamesinde başkalarının hak ve özgürlükleri, bireylerin kendi hak ve özgürlüklerinin sınırlarını çizen bir ölçüt olarak yer almıştır. Dolayısıyla hak ve özgürlükler başkalarının hak ve özgürlükleriyle sınırlı olarak sayılmıştır. Böylece bir özgürlüğün, başkalarına zarar

¹⁴²⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 19.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, 23.

¹⁴³¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 228-229; Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 38-39; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 694.

¹⁴³² Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 694.

¹⁴³³ Turhan Tüfan Yüce, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, içinde *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan* (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1974), 648. Sınırsız hak düşüncesini reddeden görüşlere dair literatür, bununla sınırlı değildir. Ana metinde içkin sınır teorileri kapsamında görüşlerine yer vereceğimiz yazarların da çıkış noktaları, sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin reddidir. Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 1439. Klasik özgürlük anlayışının sonucu olarak, özgürlüğün ilke olarak sınırsız sayılmasına ve yasa kaydı içermeyen hak ve özgürlüklerin hiçbir sınırının kabul edilmemesine yönelik eleştiriler için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 130.

¹⁴³⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 250; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 97

vermesinin engellenmesi ve toplumun diğer üyelerinin de kendi hak ve özgürlüklerinden yararlanmasının sağlanması amaçlanmıştır¹⁴³⁵.

1789 Beyannamesinin yansıttığı bu görüş, bir kişinin özgürlüğünün, başkalarının özgürlüğünün başladığı yerde bittiğini savunan tabii hukuk anlayışına dayanır¹⁴³⁶. Tabii hukuk anlayışı, ilke olarak sınırsız özgürlük anlayışıyla beraber, bu özgürlüklerin toplumsal yaşam içinde sınırlanacağını da kabul eder. Çünkü temel hak ve özgürlükler başkasına zarar vermemek kaydıyla sınırsızdır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırı, başkalarının özgürlüğünün sınırınıdır¹⁴³⁷. Aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de bu düşünceyi içerir¹⁴³⁸. Madde 29: (1)

“(1) Her şahsın, şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak bir topluluk içinde mümkündür ve şahsın bu topluluğa karşı görevleri vardır. (2) Herkes, haklarının ve hürriyetlerinin kullanılmasında, sadece, başkalarının haklarının ve hürriyetlerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi amacıyla ve ancak demokratik bir cemiyette ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı icaplarını yerine getirmek maksadıyla kanunla belirlenmiş sınırlamalara tabi tutulabilir”¹⁴³⁹.

¹⁴³⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 250; Akın, *Kamu Hukuku*, 391-392; Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 20.

¹⁴³⁶ Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 39.

¹⁴³⁷ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 136; Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 258, 259, 264.

¹⁴³⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 97.

¹⁴³⁹ Metin için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (erişim tarihi: 9.05.2022). Tabii hukuk anlayışına dayanan 1924 Türk Anayasası da böyle bir kloz içermektedir. Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 241. 1924 Anayasasının günümüz Türkçesiyle 68’inci maddesi şöyledir: “...(2)Hürriyet başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektedir.(3)Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırınıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer.” Anayasalarımız, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2000, s. 49’dan aktaran *ibid.* Bazı modern anayasalar da, anayasal hak ve özgürlükler arasında çatışma olabileceğini öngörerek bunu bir sınırlama sebebi olarak düzenlemişlerdir. 1999 İsviçre Anayasası bir temel hakkın, kamusal menfaatler (kamu yararı) dışında, “bir başkasının temel hakkının korunması” amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemiştir (madde 36/2). <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/201405180000/101.pdf> (erişim tarihi: 21.9.2020). Türkçe metin için bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/isvicre.pdf> (erişim tarihi: 21.9.2020). 1976 Portekiz Anayasası, hak ve özgürlüklerin “anayasal olarak korunan diğer hak veya menfaatlerin güvence altına alınması” için sınırlanabileceğini öngörmüştür (madde 18/2). “Kanunlar sadece Anayasada açıkça ifade edilen durumlarda hakları, özgürlükleri ve teminatları kısıtlayabilir ve bu kısıtlamalar, Anayasa tarafından korunan diğer haklar ve menfaatlerin korunması için gerekli olanlarla sınırlıdır.” İngilizce metin <https://dre.pt/part-i> (erişim tarihi: 21.9.2020) Türkçe metin <https://silo.tips/download/portekz-cumhuriyet-anayasasi> (erişim tarihi: 21.9.2020). Örneklere dikkat çeken Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 251. Gerek Portekiz gerek İsviçre Anayasaları için dikkatimizi çeken husus, temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı nedeni dışında başkalarının temel haklarının korunmasıyla sınırlandırılabilir olsa da bunun mutlaka yasa ile yapılması gerekliliğidir. (Ayrıca İsviçre Anayasası madde 36/1 de kanunla sınırlamayı öngörmektedir). Oysa yasa koyucu her hak ve özgürlük için karşısına çıkabilecek çatışma durumlarını öngöremez. Dolayısıyla yine, (çatışan bir hak

Yukarıdaki açıklamalarımız, aynı zamanda *neminem-laedere* ilkesinin gerekliliklerine denk gelir. “Kimseye zarar verme” (“*Schädige niemanden*”) anlamına gelen bu ilke, etik ve felsefi tartışmalara konu olması dışında, hukuka da yansımıştır¹⁴⁴⁰. Buna göre, birlikte yaşayan insanların birbirlerinin ne özgürlüğünü, ne yaşamını, ne beden bütünlüğünü, ne de mülkiyetini ihlal edecek şekilde hareket etmemesi gerekir¹⁴⁴¹. Dolayısıyla bu ilkenin temelinde “başkalarının hakları” vardır¹⁴⁴². Bu ilkenin bir gereği olarak, tüm haklarda her zaman içkin olan bir “özgürlük ihlali yasağı”¹⁴⁴³ veya genel bir “müdahale etmeme engeli” ile karşılaşırız¹⁴⁴⁴.

Ancak asıl sorun, anayasal hakların korunmasının başkalarının haklarına zarar vermeyi amaçlamayan davranışlarla sınırlı olmasının, hangi kriterlere göre ve hangi durumlarda ortaya çıktığının tespitidir.¹⁴⁴⁵ Nitekim belli davranışların ilgili anayasal hakkın koruma alanından *a priori* olarak dışlanması için kriterler bulunup bulunmadığı sorusunu, bu ilke temelinde yanıtlayanlar da vardır.¹⁴⁴⁶ Aşağıda, sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin reddi sonucunda - yalnızca başkalarının hakları gerekçesine dayanmayanlar da dahil olmak üzere- doğan argümanları ve kapsam teorilerini açıklarken, bu kriterleri de sorgulamış olacağız.

2. Sınırsız Hak ve Özgürlük Düşüncesinin Reddi Sonucunda Doğan Argümanlar

Sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin reddiyle¹⁴⁴⁷ beraber, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlandırılması sorununa dair iki temel argüman

olarak somutlaşan) kanunen öngörülmemiş sınırlama sebebinin, yürütme ve yargı organlarınca kabul edilip edilmeyeceği sorusuyla karşılaşacağız.

¹⁴⁴⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 8. İlkenin gerek tarihi kökeni ve anlamı, gerek anayasa hukuku bağlamında tezahürü sayılabilecek durum için bkz. *Ibid.*, 8-15; Can, ““Neminem-Laedere-Gebot””, 911-913, 922.

¹⁴⁴¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 8.

¹⁴⁴² *Ibid.*, 13.

¹⁴⁴³ Betterman, *Grenzen der Grundrechte*, 10.

¹⁴⁴⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 13.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, 15. Ayrıca Can, ““Neminem-Laedere-Gebot””.

¹⁴⁴⁷ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 259; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 694; Rohrer, *Beziehungen der Grundrechte Untereinander*, 23. Pischel, koşulsuz temel hakları, devletin müdahale yetkisinin kodifiye edilmemesi şeklinde, bir eksiklik olarak görür ve bu eksikliğin dahi bireylere özgürce yaşama hakkı vermeyeceğini savunur. Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 358. Toplumsal yaşayışın bir sonucu olarak ve özgürlüklerin de sağlanacağı bir düzenin kurulabilmesi için başkalarının hakkı dışında, milli güvenliğin sağlanması, kamu düzeninin korunup kollanması, suçların önlenmesi ve benzeri nedenler de gündeme gelir. Akın, *Kamu Hukuku*,

geliştirilmiştir. Birinci argüman, sınırlama kaydı içermeyen hak ve özgürlükler de dahil olmak üzere her temel hak ve özgürlüğün, kendi yapısından kaynaklanan sınırlarının bulunduğu argümanıdır¹⁴⁴⁸. Bu argümandan ayrı veya buna ek olarak, ikinci argümana göre ise “bir temel hakkın başka bir anayasal hak ya da anayasa normu ile çatışması” hali belirli sınırlar ortaya çıkarabilir.

Birinci argümanın sonucu olarak karşımıza “içkin sınır teorileri” (nesnel sınır teorisi dahil¹⁴⁴⁹) çıkarken, “çatışmadan doğan sınırlılık” doğrudan ikinci argümana karşılık gelir. Aşağıda bunları sırasıyla ele alacağız.

IV. İÇKİN SINIR TEORİLERİ

İçkin sınırlar özellikle kayıtsız olarak güvence altına alınmış anayasal haklar için önemli rol oynar¹⁴⁵⁰. Federal Alman Anayasasında yer alan ve yasa koyucunun takdirine bağlı, hiçbir sınırlama nedenine yer vermeyecek şekilde düzenlenen birçok anayasal

391; Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 20. Ancak yeniden belirtelim ki bizim çalışmamız için önemli olan, sübjektif anayasal haklardır; kamu güvenliği, kamu düzeni vs. gibi soyut unsurların somutlaştırılmadığı belirsiz durumlar değil. Bu nedenle, özgürlük ile kamu düzeni arasındaki ilişkiye dair daha fazla ayrıntıya girmek istemiyoruz. Bunun için bkz. Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 20.

¹⁴⁴⁸ Atakan, “Friedrich Müller’in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, 7. Hakyemez bunların “özgürlüklerin objektif sınırları” olarak adlandırıldığını belirtir. Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 19.

¹⁴⁴⁹ Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 45; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 32-53; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 327-328. Hakyemez’e göre, hak ve özgürlüğün sınırlılığı kapsamında karşılaştığımız bu anlayışlar arasında ciddi farklar yoktur. Yazar, bu tür ayrımları yapanların, bu ayrımı gerektirecek farklılıkları net biçimde ortaya koymadıklarından da hareketle kendi çalışmasında özellikle içkin sınır anlayışını objektif sınır anlayışıyla beraber ele almakta, hatta ikisine de aynımış gibi yaklaşmaktadır. Kendisi de çalışmasında içkin sınır anlayışını Federal Alman İdare Mahkemesi’nin geliştirdiği anlamda görmeyip, daha çok objektif sınır anlayışına benzetmektedir. Yazar argümanını destekler nitelikte içkin sınır anlayışının temelde objektif sınır anlayışından kaynaklandığını kabul eden Ridder’in objektif sınır anlayışına atıfta bulunmaktadır. Hakyemez, “Objektif Sınır Kavramı”, 24 (dp. 4). Aslında Hakyemez’e kısmen katılıyoruz. Temelde bu görüşler arasında önemli bir ortak yan vardır ki o da hakkın (önceden belirli) kapsamına dair bir iddiada bulunmalarıdır. Ancak yazarın yaptığı gibi, objektif sınır anlayışına yaklaşmak yerine, bu teorilerin temelde içkin sınırlar altında toparlanacağını düşünüyoruz. Nitekim ana metnin devamında göreceğimiz üzere, Türk hukukunda içkin sınırdan ayrı başlık olarak ele alınan “nesnel (objektif) sınır teorisi” de aslında hakta mündemiç olan sınırlardan yola çıkan içkin sınırlar teorisinin altında yer almaktadır.

¹⁴⁵⁰ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 112.

hakkın¹⁴⁵¹ varlığına tepki olarak, hem içtihat hem doktrin için sınırlar teorisini geliştirmiştir¹⁴⁵².

Farklı için sınır¹⁴⁵³ (*immanent*) teorilerinin dayandığı ortak anlayış, anayasada yer alan özgürlüklerin hukuksal özgürlükler olması itibarıyla, kendilerinde mevcut (mündemiç) olan sınırlarla doğdukları ve içeriklerinin belirli olduklarıdır. Hakların sınırlandırılmasından ziyade, sınırlı bir şekilde doğan hakların için sınırlarının somutlaştırılması ve içeriksel kapsamlarının tespit edilmesi söz konusudur¹⁴⁵⁴. Bu ortak anlayışla beraber “içkin sınırlar” a dair farklı öğretiler geliştirilmiştir¹⁴⁵⁵.

İçkin sınırlara dair farklı öğretiler, ilkesel olarak, çatışan temel hakların, hakkın farklı düzeylerinde dikkate alınması bakımından farklılık gösterir: Bu yaklaşımları anayasal hakların çatışmasına uyarlamamız gerekirse; bir hakla çatışan diğer bir anayasal hakka, koruma alanına bir sınır koyan (*Schutzbereichsbegrenzung*) veya bir müdahale haklılaştırması (*Eingriffsrechtsfertigung*) olarak atıf yapılabilir¹⁴⁵⁶.

Koruma alanına için sınır (*Immanente Grenzen auf Schutzbereichsebene*) koyan yazarlar, sınırları (*Begrenzungen*) belirtmek için **içkin sınırlar** (*Schranken*) veya sınırlar (*Grenzen*) terimini kullanır¹⁴⁵⁷. Burada kastedilen, teknik anlamda bir sınırlama değil, bir davranışın tüm temel haklardan en başından itibaren dışlanmasıdır¹⁴⁵⁸. Örneğin,

¹⁴⁵¹ İnsan onurunun dokunulmazlığı (m. 1/1), vicdan özgürlüğü (m. 4/1-2), sanat özgürlüğü (m. 5/3 birinci cümle), kapalı yerlerde toplanma özgürlüğü (m. 8/1), sendika özgürlüğü (m.9/3) ve dilekçe hakkı (m.17/1) Alman Anayasasında yasa kaydı öngörülmemiş anayasal haklardır. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 31

¹⁴⁵² Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 256; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 53; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 92; Berg, *Konkurrenzen*, 95. Fazıl Sağlam’a göre sınırlama kaydı öngörülmeleyen anayasal haklar için gerek yüksek mahkemelerin gerekse de öğretinin pozitif sınırlama sistemini zorlayarak farklı argümanlar geliştirmesi “yasalarla sınırlı klasik temel hak anlayışından yaşamayı bağlayan (GG m.1 III; Aym. m. 8) temel hak anlayışına geçişin” kolay olmamasının bir sonucudur. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 32. Örneğin için sınırlar teorileri “yasamayı bağlayan temel hak anlayışı”nın sonucudur. *Ibid.*, 34.

¹⁴⁵³ Kemal Gözler, için sınırların karşılığı olarak “eşyanın tabiatından kaynaklanan sınırlar” kavramını kullanmaktadır. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 213.

¹⁴⁵⁴ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 12-13; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 33; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 327; Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 47. Anayasal sınırlar Anayasada yer aldıkları temel hak ve özgürlükler için geçerli iken; için sınırlar temel hak ve özgürlüklerin tamamı için geçerlidir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 33-34; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 222. Gözler, bu nedenle bu sınırları (anayasal sınırlara özel demek kaydıyla) “genel anayasal sınırlar” olarak adlandırmaktadır. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 327; Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 47.

¹⁴⁵⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 34.

¹⁴⁵⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 54.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 47.

koruma alanının içkin sınırları, anayasal hak güvencelerinin **sözünden/ifadesinden**¹⁴⁵⁹, **anayasal hakların hukuki niteliğinden** (*Rechtsqualitt*)¹⁴⁶⁰, **barışçılık/huzur kaydından** (*Vorbehalt der Friedlichkeit*)¹⁴⁶¹, **genel yasalardan** (*allgemeinen Gesetze*)¹⁴⁶² veya alternatif olarak **cnc tarafların (başkalarının) daha üstün (bergeordneten) atışan anayasal haklarından**¹⁴⁶³ kaynaklanabilir. Tüm bu görüşlerin ortak noktası, başkalarının haklarına değdikleri için ilgili temel hakların koruma alanındaki davranışları veya hedefleri kaldırma amacı taşımalarıdır¹⁴⁶⁴.

Koruma alanına içkin birçok yaklaşımın arasındaki sayısız farklılığa rağmen, ortak bir noktaları vardır: Koruma alanını veya güvence kapsamını belirlerken, koruma alanı düzeyinde hareket etmek isterler. Bu nedenle, anayasal hakkın kullanımının, başından beri mevcut kabul edilen bu dışlama gerekçeleri, hakkın **“koruma alanına içkin sınırlar”** (*Schutzbereichsimmanente Grenzen*) olarak adlandırılır¹⁴⁶⁵.

“Koruma alanına içkin sınırlardan” söz ediliyorsa, bunun yalnızca *açıklığa kavuşturucu* bir işlevi vardır ve genel olarak temel özgürlüklerin *sınırlamaları* (*Schranken*) ile *sınırları* (*Grenzen*) arasında terminolojik olarak ayırım yapmayanlar için bile, *anayasal sınırlamalar* ile olan farkın ortaya konması amalanır¹⁴⁶⁶.

Hakka, **sınırlamalar düzeyinde içkin sınırlar** (*Immanente Schranken auf Schrankenbene*) yerleştiren yazarlar ise, sınırlamalar düzeyine, ayrıca yazılı olmayan sınırlama gerekçeleri olarak içkin sınırlar yerleřtirirler¹⁴⁶⁷. Bu görüşe göre, bir kısıtlamanın nedeni, çatışan anayasal hakkın içkin sınırlarında yatar. Bu teori dışsal

¹⁴⁵⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55. Bkz. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 138-139 (para. 310). Ayrıca bkz. anayasal sınırlar; dp. 1472.

¹⁴⁶⁰ Burada kastedilen aşağıda ayrıntılarıyla ele aldığımız Mller’in nesnel sınırlılık teorisidir.

¹⁴⁶¹ Josef Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, § 111, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg 1992, S. 143 ff. Rz. 176’ dan belirten Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55.

¹⁴⁶² Rüfner, “Grundrechtskonflikte”, 458 vd. Ayrıca bkz. “Hukuki değerler tartısı” başlığı altında ele aldığımız Haerberle’nin teorisi.

¹⁴⁶³ Rüfner, “Grundrechtskonflikte”, 459; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55. Blaesing, cnc şahısların öncelikli (*bergeordnet*) temel haklarıyla çatışan faaliyetlerini, “içkin çatışma sınırları” (*immanente Kollisionsgrenzen*) olarak temel hakların güvence alanlarının korunması kapsamında dışlar. Bu anlayışa göre, “koruma alanların atışması anlamında temel hakların atışması düşünülemez.” Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 135. İçkin koruma alanı sınırlarının türemesine ilişkin *Ibid.*, 94-132. Yazar, bireysel durumlarda bu sınırları (*Grenzen*) belirlemek için çıkarları tartma yöntemini benimsemektedir. *Ibid.*, 141 vd. Ayrıca Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55 (dp. 239).

¹⁴⁶⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59.

¹⁴⁶⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 47.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55.

teoriye karşılık gelir¹⁴⁶⁸. Başkalarının çatışan anayasal hakları, **koruma alanı düzeyinde** değil; **sınırlamaların** her biri altında dikkate alınacaktır. Buna göre, prensipte başkalarının anayasal haklarına yönelik saldırıları da içeren ve sadece sınırlamalar düzeyinde, içkin olarak sınırlandırılmış anayasal koruma alanlarının olduğu varsayılır. Sınırlama düzeyinde içkin sınırlara başvuran prosedür, geniş kapsam teorisine karşılık gelir. Koruma alanı düzeyine içkin sınırlar koyan yazarlar ise, dar kapsam teorisini temsil ederler¹⁴⁶⁹. Bu açıklamalar, özellikle “çatışmadan doğan sınırlılık” halini değerlendirirken bizim için önemli olacaktır.

Aşağıda çatışma konusuyla bağlantılı olduğunu düşündüğümüz teorilerden, öncelikle koruma alanına içkin sınır yerleştiren ve dar kapsam teorisine karşılık gelenlerden bazılarını ele alacağız. “Çatışmadan doğan sınırlılık halini” benimseyen FAYM’nin, dar kapsam teorisini mi, yoksa geniş kapsam teorisini mi benimsediği ise ayrı bir inceleme konusudur.

A. ANAYASAL SINIRLAR

İçkin sınırların pozitifleştirilmiş hali olarak kabul edilen “anayasal sınırlar”ı açıklamaya başlamadan hemen önce belirtelim ki, anayasal sınırlar doğrudan doğruya anayasada öngörülmeleri nedeniyle¹⁴⁷⁰, bizce diğer içkin sınır teorilerden belirgin şekilde ayrılır. Yine de konuyu içkin sınır teorileri altında ele almayı uygun gördük.

Anayasa normunun, kendi içinde ya da anayasanın başka bir normu ile sınırlanmış olmasıyla ortaya çıkan¹⁴⁷¹ anayasal sınırlar, pozitifleştirilmiş içkin sınırlar olarak kabul edilirler.¹⁴⁷² Örneğin, Anayasamızın 36’ncı maddesinde hak arama özgürlüğü, ancak

¹⁴⁶⁸ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 75.

¹⁴⁶⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55, 56.

¹⁴⁷⁰ Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 730; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 139.

¹⁴⁷¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 30.

¹⁴⁷² Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 139-140 (para. 310). Martin anayasal sınırlara, “temel hak güvencelerinin ifadesi”nden (*Wortlaut der GrundrechtsGewährleistungen*) kaynaklanan koruma alanının içkin sınırları teorileri altında değinmektedir. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 55 (ayrıca dp. 285). Zaten atıf yaptığı yer de Hesse’nin bizim değindiğimiz paragraftır. Hesse, “temel hakların içkin sınırlarını” temel hak güvencelerinde ek normatif düzenlemelerde görmektedir. Örneğin, bilgi özgürlüğünün genel olarak erişilebilir kaynaklarla veya toplanma özgürlüğünün barışçıl toplantılarla sınırlarının çizilmesi gibi. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 139-140 (para. 310). Fazıl Sağlam toplantının “silahsız ve saldırsız” şekilde güvence altına alınması durumundaki gibi sınırların, “pozitifleşmiş içkin sınırlar” olduğunu belirtir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 33.

meşru vasıta ve yollardan faydalanarak hak aramayı teminat altına alır. Böylece hak arama özgürlüğü Anayasada, doğrudan öngörüldüğü maddede, sınırlı doğmuştur¹⁴⁷³. Bir başka örnek Alman Anayasasının 8'inci maddesinin birinci fıkrasında, toplantı özgürlüğünün “barışçıl ve silahsız” olarak güvence altına alınmış olmasıdır¹⁴⁷⁴.

Sınır çizici özellik (*Begrenzungsmerkmal*)¹⁴⁷⁵ olarak anayasal sınırlar, yasama organının herhangi bir müdahalesi olmadan da hukuki etkilerini gösterirler¹⁴⁷⁶. Bu sınırlara uyulmadığı takdirde, daha doğru ifadeyle sınırlar aşıldıklarında, anayasal korumadan dışlamaya neden olurlar¹⁴⁷⁷. Yasa koyucunun bu sınırları belirlemesi veya somutlaştırması, sınırlama anlamına gelmez. Yasamanın bu tür düzenlemeleri kurucu nitelikte değil, açıklayıcı nitelikte olacaktır¹⁴⁷⁸. Bu sınırlar için önemli olan, daha çok anayasal hak hükmünün maddi (nesnel) güvence kapsamını tanımlamaktır¹⁴⁷⁹. Bu nedenle, bu sınırların anayasal hakkı sınırladıklarından değil, ancak kapsamlarını daha dar bir şekilde tanımladıklarından söz edilebilir¹⁴⁸⁰.

Anayasal sınırların içkin sınırlar olarak kabulüne, Alexy kendi teorisiyle tutarlı bir şekilde, bir itiraz yöneltir. Alexy'nin kurallar ile ilkeler ayırımına dayanan teorisi, onun anayasal hak sınırları tanımını da şekillendirmiştir¹⁴⁸¹. Yazar anayasal hak sınırlarını,

¹⁴⁷³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, 30; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114. Aynı yönde Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 45. Anayasal sınırlar için aynı örneği veren Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 6, no. 12 (Güz 2007/2): 46.

¹⁴⁷⁴ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 139-140 (para. 310); Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 730.

¹⁴⁷⁵ Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 55. Fohmann açıkça adlandırmasa da gerek tanım olarak gerekse de örneklerle, bu özelliklerin “anayasal sınırlar” a karşılık geldiği görülür. Nitekim yazar bu özellikleri, *anayasa nedeniyle*, sınır çizme özellikleri olarak “koruma dışlayıcı” şeklinde niteler. *Ibid.*, 55. Yazarın verdiği örnekler arasında GG m. 9/2'deki “anayasal düzen” ve “uluslararası anlayış düşünceleri” ve GG m. 8/1'deki “barışçıl” ve “silahsız” sınırları yer alır.

¹⁴⁷⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 28; Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 55. Ayrıca bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40.

¹⁴⁷⁷ Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 55. Ayrıca bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 38-39.

¹⁴⁷⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, 30; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 140 (para. 312); Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 730; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40.

¹⁴⁷⁹ Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 730. Barak hakkın koruma alanı değil, ancak kapsamına ilişkin olarak kabul ettiği bu ifadelerin “içsel sınırlamalar” olarak kabul edilemeyeceğini, ancak daha çok “sınır çizmeler” veya “içsel niteleyiciler” olarak adlandırılabilceğini ifade eder. Barak, *Proportionality*, 34.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, 36; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40.

¹⁴⁸¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 185.

(doğrudan) anayasal sınırlar (*verfassungsunmittelbare Schranken*) ve anayasa aracılığıyla sınırlar (*verfassungsmittelbare Schranken*) olarak ayırır¹⁴⁸². Anayasal sınırlar, ya anayasal statü normlarıdır (doğrudan anayasal sınırlar) ya da anayasaların altında anayasa tarafından kendilerine sınır yaratma yetkisi verilmiş normlardır ki bunlar da “anayasa aracılığıyla sınırları” oluşturur¹⁴⁸³. Burada bizi ilgilendiren yazarın anayasal sınırlara dair yorumudur.

Alexy'nin teorisinde, sınır (*Schranke, limit*) ve sınırlama klozu (*Schrankenklausel, limiting clause*) ayrımı, sınırlar sisteminin (dışsal teori) vazgeçilmez bir parçasıdır. Sınır, hak perspektifine; sınırlama klozu ise norm perspektifine aittir. Sınırın aksine, sınırlama klozu *prima facie* güvence altına alınmış bir anayasal hakkın

¹⁴⁸² Anayasa aracılığıyla sınırlar (*Schranken*), müdahalelere, kısıtlamalara veya sınırlamalara açıkça izin veren açık kayıt hükümlerine dayanır. Sınır koyma yetkisi ile, mutlak olarak korunmasına veya kısıtlamasına bağlı olarak, basit veya nitelikli kayıtlarda karşılaşırız. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 185-192. Bolz'a göre Alexy'nin yaptığı bu ayrımlar anlaşılabilir. Ancak bu kavramlar, hem birbirlerinden kesin şekilde ayrılamazlar hem de bunun sonucu olarak Alexy, bu farklılıklara hiçbir hukuki sonuç bağlamaz. Örnek olarak bir yandan yazılı sınırlama klozu içeren doğrudan anayasal sınırlar ile öte yandan nitelikli (yasa) kaydını ele alan yazar, burada ayrımların yüzeyselliğini vurgular. Yasama organının yalnızca nitelikli ve basit yasa kaydı içeren hükümleri uygulaması değil, aynı zamanda anayasal sınırları da yapılandırıp uygulaması gerekir. Bu nedenle yazara göre, Alexy tarafından öne sürülen sınırlama sisteminin unsurları arasındaki farklar belirsiz kalır. Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 121. Alexy'nin sınırlar-sınırlama klozu-kayıtlama klozları (*Schranken-Schrankenklauseln-Vorbehaltsklauseln*) ayrımı konusunda Bolz'a katılıyoruz. Ancak bizce (doğrudan) anayasal sınırlar ile nitelikli kayıtlar arasındaki fark görmezden gelinemez. Nitekim bu fark Türk hukukuna da, anayasayla sınırlama ve anayasa altı normlarla sınırlama ayrımı şeklinde yansımıştır. Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 328, 333. Bolz'un kendisinin de kullandığı kelimeler olan sınırlamaları uygulama, yani sınırlama ile anayasaca belirlenmiş sınırları düzenleme (*Gestaltung*) eşdeğer kabul edilemez. Aksi takdirde, sınırlama ile sınırlılık bakımından yasa koyucunun sahip olduğu yetkiye dair yapmış olduğumuz ayrımın bir anlamı kalmaz. Nitelikli (yasa) kayıt dediğimiz durum, anayasanın öngördüğü sınırlama sebeplerine karşılık gelir. Yasama organı bu sebeplere dayanarak kanunen o hak ve hürriyeti sınırlayabilecektir. Bu konuda takdir, yasa koyucundur. Dilerse hak ve özgürlüğü anayasada öngörülen sebebe dayanarak sınırlamaktan vazgeçebilir. *Ibid.*, 331, 348. Anayasal sınırlarda ise durum farklıdır. Biz Gözler'in aksine, anayasada sınırlı bir şekilde doğmuş yani anayasaca koruma alanı çizilmiş anayasal hakkın bu kapsamının yasa koyucunun eylemiyle genişletebileceğini kabul etmiyoruz. Bkz. *Ibid.*, 331. Doğrudan anayasal sınırlar ile dolaylı anayasal sınırlar (anayasa aracılığıyla sınırlar) arasındaki ayrım ve bundan önce bu kavramlar üzerine önemli açıklamalar için bkz. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 38-40. Stemmler'e göre, bir sınır çizme kriteri olarak, anayasal olarak doğrudan bir sınırın, hakların sahibine bir yasaklama biçiminde yasal bir yükümlülük yüklediği, bir kaydın ise yalnızca yasama organının uygulamak zorunda olduğu ön koşulları yarattığı gerçeğine odaklanmak faydalı görünmektedir. *Ibid.*, 38. Nitelikli yasa kaydının doğrudan anayasal sınırlardan farkı için ayrıca Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 46. Ayrıca bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 28. Nitelikli yasa kaydı için ayrıca bkz. bu çalışma dp. 1426.

¹⁴⁸³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 185.

nasıl sınırlanacağını veya sınırlanabileceğini ortaya koyan tam anayasa normunun bir parçasıdır. Sınırlama klozları, yazılı veya yazısız olabilir¹⁴⁸⁴.

Alexy'nin yazısız sınırlama klozuyla neyi kastettiğini daha sonra göreceğiz. Bu başlıkta bizim için önemli olan, yazarın (doğrudan) anayasal sınırlara yönelik yaklaşımıdır. Bazı durumlarda bu ifadelerin, gerçekten sınırlama klozları (normları) mı, yoksa hakkın kapsamının bir parçası mı olduğunun açık olmadığına değinen yazar, anayasal sınırları içkin sınırlar olarak kabul eden yazarların sıklıkla örnek olarak verdikleri Alman Anayasasının 8'inci maddesinin birinci fıkrasındaki “barışçıl ve silahsız” ifadesinden yola çıkar¹⁴⁸⁵. Anayasal sınırlar, farklı yaklaşımlardan yola çıkılarak, ya hak kapsamının parçasının ifadesi ya da bir sınırlama klozunun ifadesi olarak anlaşılacaktır. İlk yaklaşımda, örnek olarak verilen “barışçılık ve silahsızlık” anayasal hak korumasını etkinleştirmenin şartları olarak kabul edilecek iken; ikinci yaklaşımda bu kloz anayasal korumadan dışlamak için olumsuz koşulları oluşturacaktır¹⁴⁸⁶.

Alexy'ye göre, eğer anayasadaki tüm sınırlamalar; “sınırlar” olarak kabul edilmeyip, bunların hakkın koruma alanının kapsamını ifade ettiği tezi kabul edilirse o zaman (doğrudan) anayasal sınırlar yok demektir. Bunlar, içsel tezinin önerdiği gibi, koruma kapsamını ifade ediyordur ve içkin olarak tanımlanabilirler. Alexy, eleştirilerini bu noktaya yöneltmektedir. Yazara göre, böyle bir tez kavramsal sebeplerden ötürü gerekli değildir. Üstelik istenmeyen sonuçlara yol açar¹⁴⁸⁷.

Alexy burada problemin, “barışçıl ve silahsız” klozunun anayasal hakkı güvence altına alan cümlenin bir parçası olmasından kaynaklandığını iddia eder¹⁴⁸⁸. Aynı şey Alman Anayasasının 8'inci maddesinin birinci fıkrasındaki “bütün Almanlar”¹⁴⁸⁹, dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki “silahlı”¹⁴⁹⁰ ve 5'inci maddesinin birinci

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

¹⁴⁸⁵ *Ibid.* Yazar, bu ifadeyi, sınırlama olarak kabul etmeyip, anayasal hükmün güvence altına aldığı maddi kapsamın anayasal olarak tanımlanması olarak gören yaygın bir görüşün olduğuna dikkat çeker. *Ibid.* Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, yazarın eleştirdiği bu görüş bizim de paylaştığımız görüştür.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, 185-186.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, 186.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ GG m. 8/1: “*Bütün Almanlar*, önceden bildirimde bulunmadan ve izin almaksızın sükunet içinde ve silahsız olarak toplanma hakkına sahiptir.”

¹⁴⁹⁰ GG m. 4/3: “Hiç kimse, vicdanına aykırı olarak, *silahlı* savaş hizmetine zorlanamaz...”

fikrasının birinci cümlesindeki “herkese açık kaynaklardan”¹⁴⁹¹ ibareleri için de geçerlidir¹⁴⁹². İlgili maddelere bakıldığında görülecektir ki bahsettiğimiz bu kavramlar, bizzat hakkın güvence altına alındığı hükümde ve hatta aynı cümlede yer alır. Bunlar, anayasal kesin sınırlar (*Schranken*) olarak görülmelidir¹⁴⁹³. Örneğin, hiçbir engele uğramadan bilgi edinme hakkı, “herkese açık olan kaynaklar”la sınırlıdır (GG madde 5/1 cümle 1).

Ancak hükmün kendisi, bir cümlede ortaya konduğunda daha az problem ortaya çıkar. Alman Anayasasının 9’uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki¹⁴⁹⁴ “halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen” ifadesi kolayca anayasal kesin bir sınır olarak görülebilir¹⁴⁹⁵. Bizim anladığımız, Alexy’nin anayasal sınırları tek kategoride anlayıp, yorum bakımından belirsizliğe yol açan sistematik düzenlemeye işaret ettiği¹⁴⁹⁶. Alexy’nin burada yaptığı ayırım, Kemal Gözler’in anayasal sınırlama yöntemleri için yaptığı, “açıkça sınır koyma”¹⁴⁹⁷ ile “sınırlı bir şekilde tanıma”¹⁴⁹⁸ ayırımına karşılık gelir.¹⁴⁹⁹

Alexy’nin anayasal sınırların “sınırlılık”¹⁵⁰⁰ olarak kabulüne karşı çıkması gibi, Gözler de “anayasal sınırlar”ın (Türk) doktrinde “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlığı değil de, “hak ve hürriyetlerin sınırlılığı” başlığı altında incelenmesini yanlış bulmaktadır. Çünkü yazara göre, söz konusu olan sınırlılık değil, anayasayla

¹⁴⁹¹ GG m. 5/1: “Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve *herkese açık olan kaynaklardan*, hiçbir engele uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır...”

¹⁴⁹² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 186-187.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, 187.

¹⁴⁹⁴ GG m. 9/2: “Amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, Anayasa düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen dernekler yasaktır.”

¹⁴⁹⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 187.

¹⁴⁹⁶ Fazıl Sağlam’ın belirttiği, “anayasal sınırlar”ın, bazen hakkın kendi tanımında bazen de hakların norm alanlarının birbirlerini sınırlaması şeklinde ortaya çıkması hususu da, Alexy’nin dikkat çektiği ayırma denk gelir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 22.

¹⁴⁹⁷ Örneğin Ay. m. 27/2: “Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz” açıkça sınır koyma örneğidir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 329. Aynı örneğe (yayma hakkı) Gören de yer verir. Gören, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, 46.

¹⁴⁹⁸ Sınırlı bir şekilde tanımayla ise literatürde sıkça rastladığımız “meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” (Ay. m. 36/1) örneği verilebilir. Burada anayasa, bir hak ve hürriyeti, bir dokunulmazlığı, bir güvenceyi sınırlı bir şekilde tanıyabilir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 329-330.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, 329-330.

¹⁵⁰⁰ Alexy’nin görüşünün aksine, koruma alanı sınırı ile anayasal hak sınırlamaları arasındaki ayırmadan vazgeçilmemesi gerektiğine dair bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 37.

sınırlamadır¹⁵⁰¹. İki yazarın görüşleri; anayasal sınırları, bu sınırlar olmaksızın, daha geniş bir koruma sağlayan hakkı sınırlayan normlar olarak görmek noktasında aynıdır. Böyle olunca da sınırlılık hali değil, sınırlama kabul edilmektedir. Biz bu konuda “anayasal hak” tanımından yola çıkarak, Alexy ve Gözler’in aksine, anayasal hakkın bu sınırlarla “sınırlı” olarak doğduğunu düşünüyoruz. Çünkü hak, anayasada düzenlendiği haliyle hak niteliğine ve bir koruma kapsamına (alanına) kavuşacaktır. Anayasanın, anayasal hakkı sınırladığını belirtmek, hakkın anayasa dışında bir varlığını kabul etmek demektir. Burada elbette dikkati çeken (örneğin Gözler’de) “anayasal hakkın” değil, “hak (ve hürriyetlerin)” sınırlamasından bahsedildiğidir. Dolayısıyla tartışma noktası şudur: Doğal hukuk düşüncesini yansıtan bir “hak veya hürriyet” kavramından mı, yoksa “anayasal hak ve hürriyet” kavramından mı yola çıkıyoruz? Bunu anlamak için hürriyet karinesine değinmek faydalı olabilir.

Liberal hukuk sisteminin üzerine kurulu olduğu mantığa göre, “asıl olan hürriyetin varlığı”dır. Buna göre, kişiler ayrıca yasaklanmamış bütün fiilleri yapmakta özgürdürler. Dolayısıyla bir özgürlük elde edebilmeleri için yetkili makam tarafından ayrıca ve açıkça yasaklanmamış bütün fiillerinde, izne gerek kalmaksızın serbesttirler¹⁵⁰². Gerçekten de eğer buna dair bir yasak mevcut değilse, örneğin parkta gitar çalmanın serbest olduğu düşünülür¹⁵⁰³. Şüphesiz başka türlü düşünülseydi, insanın yüzbinlerce alternatifle farklı eylemlere¹⁵⁰⁴ dönüşecek hareketlerinin teker teker düzenlenmesi, bu yönde izin verilmesi gerekirdi. İnsanın hür ve dolayısıyla eylemlerinde serbest olduğuna dair bu varsayım, “hürriyet karinesi” olarak adlandırılır. Bu karinenin doğrudan sonucu olarak, bir insan fiilinin serbest olup olmadığı konusunda tereddüt olduğunda, fiilin serbest olduğu kabul edilir¹⁵⁰⁵.

Hürriyet karinesinin anayasa hukukunda anlamını kavramak için özgürlük ile hak arasındaki ilişkiye değinelim. Özgürlük, birçok farklı şekilde tanımlanmış olsa da¹⁵⁰⁶, “bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erki”¹⁵⁰⁷ olarak sade

¹⁵⁰¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 329.

¹⁵⁰² *Ibid.*, 140.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, 143.

¹⁵⁰⁴ Aynı yönde *Ibid.*, 146-147.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, 143, 149.

¹⁵⁰⁶ Çeşitli hürriyet tanımlarını veren kaynaklar için bkz. *Ibid.*, 63.

¹⁵⁰⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 63; Uygun, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, 6.

bir şekilde tanımlanabilir. Bir başka deyişle, özgürlük “serbest hareket etme gücü”dür¹⁵⁰⁸. “Zorlamanın yokluğu”¹⁵⁰⁹ demek olduğu için, özgürlük yalnızca negatif¹⁵¹⁰ olarak tanımlanabilir. Özgürlük, doğuştan gelir; insanın insan olmasından kaynaklanır. Hukuki olmaktan önce, maddi bir varlıktır. Bu nedenle, insan özgürlüğünün mevcut olduğunu belirtmemiz için hukuk düzeni tarafından bunun tanınmasına veya düzenlenmesine gerek yoktur. Ancak şu vardır ki özgürlük, yalnızca, hukuk tarafından sınırlanmadığı sürece tam olarak mevcuttur. Bir fiil, hukuk düzeni tarafından sınırlandırılabilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir¹⁵¹¹. Dolayısıyla özgürlük, “hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış her çeşit insan fiilidir”¹⁵¹².

Hak, özgürlüğün aksine hukuktan sonra gelir; yani var olabilmesi için hukuk düzeni tarafından tanınması gerekir. Hak, özü itibarıyla hukuk düzeni tarafından korunmuş özgürlüktür¹⁵¹³. Tabii ki, özgürlük “haktan daha geniş ve onu içeren bir kavramdır”¹⁵¹⁴. Zira özgürlük, negatif bir tanımla, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış her insan fiili iken; hak, pozitif bir tanımla, hukuk düzeni tarafından tanınmış fiildir¹⁵¹⁵.

Biz, çalışmamızın başında, neden “anayasal hakların çatışması” başlığını tercih ettiğimizi açıklamış ve anayasal hakların tanımını yapmıştık. Anayasal haklar, anayasa tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış haklardır¹⁵¹⁶. Dolayısıyla anayasal bir hakkın varlığından bahsettiğimiz an, anayasada güvence altına alınmış bir hakkın varlığından söz ediyoruz, demektir. Bu hak, anayasada öngörüldüğü kapsamda ve sınırlarla doğacaktır. Bu nedenle anayasal sınırları biz sınırlılık hali olarak kabul ediyoruz¹⁵¹⁷. Bu başlığın ilk kısmında yaptığımız açıklamalar da bu kabulün sonuçlarıdır.

¹⁵⁰⁸ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku* (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975), 279; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 63. Fransızca kaynaklardaki tanımlar için bkz. *ibid.*

¹⁵⁰⁹ Jacques Robert (Jean Duffar’ın İşbirliğiyle), *Les libertes publiques et droits de l’homme*, Paris, Montschrestien, 1988, s. 11’den aktaran Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 64.

¹⁵¹⁰ Liberalizmin ürünü olan negatif (olumsuz) özgürlük düşüncesine dair ayrıca bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 18-19.

¹⁵¹¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 65.

¹⁵¹² *Ibid.*, 66.

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, 70.

¹⁵¹⁶ Bkz. bu çalışma dp. 78.

¹⁵¹⁷ Bu durumda da yine anayasanın “dışında” bir haktan yola çıkmış görünmekteyiz ki bunun sınırlı doğduğunu yorumlayabilelim. Fakat anayasanın hakkı tanıdığı, fakat sınırladığı görüşünden çok, hakkın sınırlı bir şekilde doğduğunu kabul etmek bize daha tutarlı görünmektedir.

Sınırlılık hali yerine, anayasal hakkın sınırlandırılması olarak kabul edersek, bu durumda anayasal hakların referansı¹⁵¹⁸ için başka bir noktaya atıf yapmış olacağız. Oysa açıkladığımız hak ve anayasal hak tanımı, hukuk düzenince doğrudan korunmuş olmayı içerir.

Gözler'in belirttiği gibi literatürde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının hukuki rejimi, hep bu sınırlamanın kanunla yapılıyor olması varsayımıyla açıklanır¹⁵¹⁹. Bu kısma katılıyoruz. Ama zaten anayasal hakların sınırı, sınırlandırılması ve sınırlandırılma olanakları bir anayasal düzen çerçevesinde araştırılır. Dolayısıyla anayasada öngörölmüş haliyle doğan anayasal hakkın (bu anlamda anayasal özgürlük ile hakkı eşdeğer gördüğümüzü daha önce belirtmiştik) sınırlama olanakları elbette, anayasal düzen içinde ve anayasa altı düzenlemeler çerçevesinde araştırılır. Bu anlamda Gözler'in anayasal sınırları "anayasayla sınırlama" olarak açıklaması, ancak hürriyet karinesinin de ortaya çıkardığı "insanın serbest hareket etme özgürlüğü"nün sınırlandırılması olarak görülebilir¹⁵²⁰ ki bu da bize çatışma noktasında ileri bir adım attırmaz. "Koruma alanı" başlığı altında yaptığımız açıklamalarla bağlantılı olarak diyebiliriz ki anayasal sınırlar, ancak düzenleme alanını *sınırlamış* demektir. Fakat anayasal hakkın koruma alanına doğrudan kendisi *sınır çizmiştir*. Bizim vardığımız sonuç; düzenleme alanını sınırlayarak bir hakkı/özgürlüğü güvence altına alan anayasal hakkın koruma alanının, anayasal haklarla sınırlı olarak doğduğudur¹⁵²¹.

¹⁵¹⁸ Geniş kapsam teorisinin istisnasız kabulü yaklaşımının sonucunda, anayasal sınırları dahi içkin sınır olarak reddeden bu görüşü kabul etmeyen Stemmler de benzer açıklamaları yapmaktadır. Bizim de reddettiğimiz bu kabülde, adeta insanın "orijinal durumu"nu temsil eden hakların koruma alanlarının, topluluk ile bağı yalnızca sınırlama düzeyinde söz konusu olabilir. Bu şekilde anlaşıldığında, "temel hakların koruma kapsamı, kapsamı herhangi bir kasıtlı kısıtlamadan önce ilgili temel haklar hükümleri yorumlanarak belirlenecek olan, bireysel temel haklarla isimlendirilen doğal veya yasal olarak önceden oluşturulmuş yaşam olaylarının toplamıdır." Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 86. Bizim de kastettiğimiz budur. Eğer anayasal sınırları dahi içkin sınırlar olarak kabul etmek yerine, sınırlama düzeyinde değerlendirip sınırlama olarak kabul edersek, o halde anayasa dışında bir yere yani "orijinal duruma" referans vermiş olacağız.

¹⁵¹⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 327.

¹⁵²⁰ Nitekim yazarın kendisi de hürriyet karinesine dayanarak sınırlamanın anayasadan da kaynaklanabileceğini belirtir. *Ibid.*, 328. Tanör'ün, "çağdaş özgürlük ve demokrasi anlayışının insan haklarına tanıdığı kapsam daraltılmakta, bunların içeriği ve kullanım alanları doğrudan doğruya Anayasa tarafından sıkıştırılmaktadır" açıklamasıyla "Anayasanın Doğrudan Sınırlaması" başlığı da aynı minvalde görülebilir. Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (BDS Yayınları, 1991), 261.

¹⁵²¹ Stemmler'in de dediği gibi "her temel hak, hedef kapsamının (olgusal genişliğinin) bittiği yerde ilk olarak sınırını bulduğundan, basitçe bir koruma alanı sınırından söz edilebilir. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 37.

Koruma alanı, temel hakların korunması için yerine getirilmesi gereken kişisel ve olgusal gereksinimleri kapsar¹⁵²². Düzenleme alanı¹⁵²³ koruma alanından daha geniş bir alana karşılık gelir ve “temel hakkın geçerli olduğu ve içerisinde koruma alanının da yer aldığı yaşam alanı”nı amaçlar¹⁵²⁴. “Temel hak ile korunan yaşam alanı”; temel hakkın “koruma alanı” ya da “konusu”dur¹⁵²⁵. “Temel hakkın norm alanı” da denilen bu alan, temel hak normunun yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkardığı alan olarak tasvir edilir¹⁵²⁶. Örneğin (Alman Anayasasının 8’inci maddesinin birinci fıkrasına paralel olarak bizim Anayasamızın 34’üncü maddesinde yer alan) “silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü” hükmünde “düzenleme alanı” tüm toplantıları kapsar¹⁵²⁷. Düzenleme alanının (tematik alanın¹⁵²⁸), yaşamda karşılık gelecek fiilleri ve nesnelere kapsadığı iddia edilebilir. Oysa bu hükmün “koruma alanı”, sadece silahsız ve saldırısız

¹⁵²² *Ibid.*, 28.

¹⁵²³ Fohmann’ın kavram ayrımlarına, bizim görüşlerimizle uyduğu için ana metindeki ilgili yerlerde yer verdik. Ancak burada, kapsam özelliklerine (*Tatbestandsmerkmale*) ilişkin bazı kavramları birbirinden belirgin şekilde ayıran yazarın görüşlerine kısaca yer vermek isteriz. Fohmann, kapsam özellikleri ile ilgili olarak tematik/konu özellikleri ve sınırlama özellikleri arasında bir ayırım yapılması gerektiğini savunur. Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 55. Burada üzerinde duracağımız kavram “konu (tematik) özellikleri”dir. Bu kavramın düzenleme alanına karşılık geldiğini görüyoruz. Konu (tematik) özellikleri, temel hakların ve karar normlarının tüm unsurlarına dahil edilir, ancak sınır çizme ve sınırlama özellikleri sadece bazılarında bulunur. Konu özellikleri, ilgili normun (olgusal) konusunu oluşturur ve olumlu olgusal özellikler grubudur. Hukuki sonuç ancak söz konusu özelliklerin karşılanması durumunda ortaya çıkabilir. *Ibid.*

¹⁵²⁴ Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45; Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, 2.

¹⁵²⁵ Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45; Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, 2. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 28.

¹⁵²⁶ Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45; Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, 2. Görüldüğü üzere, burada esas itibarıyla “koruma alanı nedir” sorusuna yanıt vermiş oluyoruz. Bu açıklamaların, neden “koruma alanı” başlığı altında yer almadığı sorulabilir. Ancak böyle yapsaydık “anayasal sınır” ve “sınırlama” ilişkisinden izole olarak bunu yapmış olacaktık. Bu başlıktaki metnimize bakıldığında görülecektir ki anayasal sınırlar, ister istemez hakkın kapsamı ve bu bağlamda sınır-sınırlılık kavramları ile beraber ele alınır. Koruma alanı konusunun çok geniş bir konu olduğunu ve tüm bu bölümün aslında buna hasredilmiş olduğunu belirtirken kastettiğimiz tam da buydu.

¹⁵²⁷ Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45.

¹⁵²⁸ Düzenleme alanı, Alman hukuk literatüründe tematik alan (*thematischen Bereich*) olarak da karşılık bulmaktadır. Blaesing’in ifadelerinden anladığımız budur. Buna göre, kapsam koşulları, hak kapsamındaki yaşam alanını tanımlayarak hakların tematik alanını tanımlar, ayrıca koruma alanı için daraltıcı terimler kullanarak konuyu ve böylece özgürlük güvencelerinin gerçek kapsamını belirlerler. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 86. Blaesing Müller’in kullandığı terimlere de dipnotunda yer verir: “.. temel hakların içeriği ve kapsamının belirlenmesinden söz ettiğinde, bu sadece ‘konu’ (*Thematik*) ve ‘koruma alanı’ (*Schutzbereich*) olarak adlandırmanın başka bir yoludur.” *Ibid.*, (dp. 2.) Anayasada ilgili maddede yer alan temel hakkın unsurları, bu maddenin doğrudan anayasadan kaynaklanan sınırlarını oluşturur. Başka bir ifadeyle, bu unsurlar ilgili anayasal “hakkın koruma alanını belirler”. Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45. (Maier, 1993: 111).

toplantıları kapsar¹⁵²⁹. Silahlı ve saldırı içeren toplantılar, anayasal hakkın korumasından *başından beri* yararlanamaz¹⁵³⁰. Dolayısıyla biz “sınırlama” niteliğini, ancak düzenleme alanının sınırlanması bağlamında kabul edebiliriz.

Peki, böyle bir sonuçtan yola çıktığımızda hürriyet karinesini terk mi etmiş oluyoruz? Bizce hayır! İnsan özgürlüğü, bir anayasal hak olarak öngörüldüğü an, bir düzene yerleştirilmiş demektir. Başka bir ifadeyle, hakkın düzenleme alanı, anayasada kendine yer bulmuş olur. Hakkın sınırsız olarak öngörüldüğü durumda, bu düzenlemenin bir sınırlandırma teşkil etmediği, aksine sadece pozitifleştirme eylemi olduğu iddia edilebilir. Bu durumda dahi anayasada kullanılan terimler ve bu terimlerin yorumu önem kazanır. Neticede, anayasal sınırların incelenmesi özünde bir anayasal yorum sorunudur¹⁵³¹.

Burada, olumlu ve olumsuz özgürlük anlayışlarına değinmek iyi olacaktır. Olumsuz özgürlük anlayışına göre, her yasal düzenleme, bireyin devletten bağımsız eylem alanını sınırlamak demektir¹⁵³². Bu durumda güvence altına almak, “sınırlamak” ile eş anlamlı hale geleceği için bu düşünce kabul edilemez¹⁵³³. En azından, temel haklar kapsamındaki özgürlüğü yasal normların yokluğuyla eşitleme eğiliminde olan (ön) anlayıştan¹⁵³⁴ ayrılmak gerekir.

Olumlu özgürlük anlayışında ise genel özgürlük kavramı yerine, anayasal güvenceye kavuşturulmuş temel hakları tek tek değerlendirmek gerekir. Bu, temel haklarda sınırlama sorununu anlamak için gereklidir. Olumlu özgürlük anlayışında, belli bir temel hak kuralına veya bu kuralların birbirleriyle olan ilişkisine ve yapılan

¹⁵²⁹ Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45; Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, 2. Aynı örneklerle, aynı yönde Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 28-29.

¹⁵³⁰ Bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 29.

¹⁵³¹ Barak, *Proportionality*, 36. Stemmler de anayasal sınırların ölçülülük ölçөгüne dayalı bir tartım ile değil yorum yoluyla belirleneceğine dikkat çeker. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40.

¹⁵³² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 18-19.

¹⁵³³ Özgürlük haklarının “doğal hukuk dışı”, devlet öncesi özgürlük alanını koruduğu ve hukukun “sınırlamalar hukuku” ile eşitlenebileceği fikrinin terk edilmesine dair bkz. Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 240.

¹⁵³⁴ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 242.

düzenlemenin söz konusu hak veya haklar için ne getirdiğine bakılır. Böylece her düzenleme sınırlama anlamına gelmez¹⁵³⁵.

Kanunlar¹⁵³⁶, hukuk sistemini temel hakların içeriğine göre şekillendirmenin bir aracı ve dolayısıyla temel hukuki değerlerin somutlaştırılması olarak da görülmelidir¹⁵³⁷. Bu, özgürlüğün olumsuz olarak anlaşılmasının da reddidir. Eğer ki özgürlük, kanunsuz, öncelikle sınırsız bir alan olarak anlaşılmayacaksa, temel haklar alanındaki mevzuat “kısıtlama” veya “müdahale” olarak görünmez. Aksine, yasama organı temel hakları farklı bakış açılarıyla ve farklı şekillerde belirlemelidir¹⁵³⁸. Aslında bu, aşına olduğumuz bir ayrıma -sınırlama ile düzenleme arasındaki farka- denk gelir. Özgürlük karinesinden yola çıktığımızda, hukuk düzenince yasaklanmadıkça her insan eyleminin serbest olduğu düşünülebilir. Ancak anayasada öngörülerek bu eylem bir anayasal hak halini almakta ve bir güvenceye bürünmektedir. Bizim de başlangıç noktamız güvence altına alınan bu haklardır.

Tüm bunlarla beraber, anayasal sınırların “sınırlılık” veya “sınırlandırma” olarak kabul edilmesi arasında, nasıl farklı bir sonuç doğacaktır? Bizim görüşümüz, önemli bir farkın ortaya çıkmayacağı yönündedir¹⁵³⁹. Elbette anayasal sınırların, ortaya koyduğu

¹⁵³⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 19. Burada “olumsuz özgürlük anlayışına” birebir tezat olarak “Çavuş Pirişibeyev’in hürriyet anlayışı”nı, yani izin veren kanun olmadıkça hakkın olmadığını belirten anlayışı savduğumuza dair en ufak bir yanılığa kapılmamak gerek. Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 144. Dışsal teorinin dayandığı ana düşünce olan olumsuz özgürlük anlayışını sert bir şekilde eleştiren Bolz da, yasama organının işlevinin hakların sınırlandırılmasında değil, diğer anayasal değerlerle birlikte hukuk sistemine aktarılmasını sağlamasında veya temel hakların şekillendirilmesinde görüleceği düşüncesindedir. Bu şekilde, yasama organını temel haklara karşı “sürekli bir tehdit” olarak gösteren dışsal teoriye ait (Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 242-243), bir nevi temel hakların psikolojik koruması bileşeni görülmüş olur. *Ibid.*, 245-246.

¹⁵³⁶ Burada “kanunlar”dan/“yasal düzenleme”lerden bahsederek, anayasa altı bir durum için olumlu-olumsuz özgürlük anlayışını ele aldığımız düşünülebilir. Asıl mevzu, anayasal sınırlar olduğu için de bir yanlışa düştüğümüz izlenimi oluşabilir. Fakat anayasanın da bir mevzuat olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, hukukun dışında özgürlüğün sınırsız olarak kabul edilip hukukla birlikte sınırlandığı mı yoksa güvence altına mı alındığı veya her ikisinin de mümkün olup olamayacağı sorusu, anayasal düzenlemeler için de geçerlidir. Hatta bizce anayasa altı düzenlemelerin, yasaların, anayasal haklarla olan ilişkisinde düzenleme faaliyetini mi yoksa sınırlama faaliyetini mi oluşturduğu tartışması da bunun bir yansımasıdır. Çünkü anayasal hak düzenlemeleri çoğu zaman o kadar açık uçlu kavramlardan oluşur ki bunlar neredeyse yaşamsal alanda (hukuk düzeni dışında) varlık bulan kavramlara karşılık gelir. Dolayısıyla yaptığımız açıklamalar, bu yaşamsal alanın anayasa maddeleriyle güvence altına alınması, her zaman sınırlama anlamına mı gelir sorusu için de geçerlidir.

¹⁵³⁷ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 242.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, 241.

¹⁵³⁹ Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 1482’deki Bolz’un eleştirileri. Örneğin Zafer Gören, çalışmasının anayasal sınırlar için olan başlığında “sınırlar” derken başlığın altında “doğrudan anayasadan kaynaklanan

olumsuz bir anlam vardır; çünkü bu sınırların varlığı, Fohmann'ın dediği gibi, aşılması halinde korumanın dışlanması getirecektir. Burada hakkın kapsamının çizilmesi söz konusudur. Öyleyse bu sınırların, anayasal hak koruması için yerine getirilmesi, yani aşılması gerekliliği gibi olumlu bir anlamdan da söz edilebilir. Sınırlama (*Einschränkungs-*) özellikleri ise temel olarak anayasal sınırlarla uyumludurlar. Sınırlama özellikleri negatif kapsam özelliklerini temsil eder. Bununla birlikte bunlar, koruma dışlama sonucunu tetiklemek için anayasa altı bir kullanım eylemine eşlik etmek zorundadırlar. Bu yönüyle de farklılık gösterirler¹⁵⁴⁰.

Anayasal sınırların “sınırlılık” veya “sınırlandırma” olarak kabulü arasındaki farka dair bu açıklamalarımızı örneklemek adına, toplanma özgürlüğünün “barışçıl ve silahsız” olarak güvence altına alınması hükmünden yola çıkalım. Alexy'nin, anayasal sınırların sınırlılık hali olarak kabul edilmesine karşı çıkmasının sebebi, bu yaklaşımın az ya da çok sezgisel yorumlara yol açacak olduğunu düşünmesidir. Yazarın buna alternatif olarak öne sürdüğü de, tüm teorisine sinen “dengeleme” yöntemidir. Ona göre, ne zaman ki toplanmanın barışçıl olup olmadığına dair bir şüphe varsa, o zaman “barış” kavramını yorumlamak önem kazanacaktır. Bu yorum bağlamında, her zaman temel hak ilkesi olan toplanma özgürlüğü ilkesini, diğer şeylerin yanı sıra, anayasa koyucuyu doğrudan anayasal kesin sınırlama klotunu (*Schrankenklausele*) belirtmeye sevk eden karşıt ilkelerle tartmak (*Abwägung*) gerekecektir. Bu, söz konusu klotun, anayasa koyucuların anayasal korumaya karşı belirli gerekçeler lehine verdikleri bir karardan başka bir şey olmadığını açıkça ortaya koymalıdır. Dolayısıyla yazara göre anayasal hak korumasına karşı gerekçeler ne kadar detaylı bir şekilde açıklanırsa açıklansın, sınırlama alanına aittir¹⁵⁴¹.

Bize göre, toplanmanın “barışçıl” olup olmadığında tereddüt olması, bizi zorunlu olarak toplanma özgürlüğü ile yazarın belirttiği gibi anayasa koyucunun bu özgürlüğe karşı kendi ortaya koyduğu belli gerekçelerle yani “barışçılık”la dengelenmesi/tartım sonucuna götürmeyecektir. Burada, Alexy'nin bir nedensellik bağı varmışçasına ortaya koyduğu sebep-sonuç ilişkisini biz göremiyoruz. Ortada yazarın kendisinin de kabul ettiği

sınırlamalar” ifadesini kullanır. Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45, 46. Kuşkusuz yazar burada bu iki ayrı kavramı, iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanmamıştır.

¹⁵⁴⁰ Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 55. Basit ve nitelikli yasa kayıtları bu niteliktedir. *Ibid.*, 55.

¹⁵⁴¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 186.

üzere bir yorumlama sorunu¹⁵⁴² vardır. Bu yorumlama sürecinde söz konusu olan, esasen koruma alanını ve dolayısıyla bir güvencenin uygulama alanını belirleme meselesidir¹⁵⁴³. Zira anayasal sınır, hak hükmünün güvence kapsamının doğrudan anayasal bir açıklamasıdır¹⁵⁴⁴ ve bunun ötesinde anayasal bir hakkın mevcut olmadığını gösterir¹⁵⁴⁵.

Sınırlılık kabulünden yola çıkıp da hakkın kapsamının sınırı olarak görülmesi halinde dahi barışçılığa dair bir tereddüt, bu kavramı yorumlamayı gerektirecektir. Alexy'nin, optimizasyon gereklilikleri olarak anayasal hakları, ilkeler olarak görmesi ve bu nedenle de hep tartıma başvurması, savunduğu teori içerisinde tutarlı olabilir. Ancak yazarın kendisi dahi “barışçıl ve silahsız” ifadesinin *prima facie* hak olan toplanma özgürlüğünün hak-yok kuralının kısa formülasyonu olarak da görebileceğini¹⁵⁴⁶ belirtir. Yazar, bunun kendi sınır (*Schranke*) tanımına uyduğunu açıklamaktadır. Başka bir ifadeyle, klozda ifade edilen kural, anayasal ilkenin gerçekleştirilmesini sınırlar. Özelliği ise bu kesin sınırları (*Schranken*) anayasa koyucunun kendisinin¹⁵⁴⁷ formülleştirmiş olmasıdır. Bu bakımdan anayasal hüküm bir kural niteliğindedir¹⁵⁴⁸.

Yazarın, toplanma özgürlüğünün anayasal sınırları için “hak-yok kuralı” demesi, aslında kendisinin sınırlar teorisindeki (dışsal teori) ikinci aşamanın sonucunda elde edilecek olan, kesin koruma alanına ulaşıldığını gösterir. Dolayısıyla kendisi de koruma alanının bu şekilde belirlenmiş olduğunu kabul etmektedir. (Kendisinin de ifadesiyle) toplantının barışçıl olmadığı açıksa, bu toplantı anayasal korumadan yararlanmayacaktır. Ancak yazar, yine de kuralın arkasındaki ilkenin devam ettiği iddiasındadır ve barışçıl olup olmama hususunda bizi, yukarıda eleştirdiğimiz sonuca (tartım) taşımaktadır.

¹⁵⁴² Aynı yönde Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 87; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40.

¹⁵⁴³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40.

¹⁵⁴⁴ Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 730.

¹⁵⁴⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 40. Aynı tartışmaya Barak da kendi çalışmasında kısaca yer vermiş ve o da Güney Afrika Anayasasının 17’nci maddesinde geçen “barışçıl ve silahsız” ifadesinin hakkın kapsamını belirlediğine, dolayısıyla bir sınırlama olmadığına dikkat çekmiştir. Barak, *Proportionality*, 33. Ayrıca genel olarak bu tartışma için *Ibid.*, 33-35.

¹⁵⁴⁶ *Prima facie* hak ile kesin hak kavramlarına, Alexy'nin kurallar ve ilkeler ayrımı teorisi altında değinmiştik.

¹⁵⁴⁷ Fazıl Sağlam’a göre, anayasal sınırlar anayasanın kendi öngördüğü sınırları belirlemekten öteye geçmeyen düzenlemelerdir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 22. Biz buradan, yazarın, anayasal sınırları hakkın kapsamını gösteren sınırlar olarak kabul ettiğini anlıyoruz.

¹⁵⁴⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 186.

Anayasal sınırlara dair yaptığımız bu tartışma, aslında değineceğimiz daha büyük bir çerçevenin çok küçük bir parçasını oluşturmaktadır. İçkin sınırlara dair ayrıntılı açıklamalar ve nihayetinde kapsam teorileri eleştirisinden sonra, bu kısım, çerçevede daha sağlam bir yere oturacaktır. Ancak burada, Alexy'nin bizi zorunlu bir sonuç olarak götürdüğü “tartım” a karşı biraz daha açıklamada bulunmak isteriz.

Öncelikle, belirtelim ki anayasal hak normlarındaki belirsiz kavramlara değinen Blaesing de örnek olarak aynı hakka başvurur. Siyasi bir mücadele hakkı olarak anlaşılan toplanma özgürlüğü ile kişiliğin özgürce gelişimi arasında ortaya çıkabilecek bir çatışmada, kimi ufak tefek zararlar Alman Anayasasının sekizinci maddenin birinci fıkrası anlamında “barışçılık” ın değişmiş bir anlayışıyla beraber korunmaya devam eder¹⁵⁴⁹. Toplanmanın Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmış “kişiliği serbestçe geliştirme hakkı” ile çatışması mümkündür. Bu çatışmalarda, anayasal hak kavramlarının kapsamlı yorumunun yerini çatışmadan kaçınan, kısıtlayıcı bir yoruma bırakıp bırakmayacağı sorusu ortaya çıkar¹⁵⁵⁰.

Blaesing yukarıda açıkladığımız soruya ilişkin olarak şu soruyu sormaktadır: Dışarıdan gelen kişileri fiziksel şiddetle karşılayan bir toplantı, Anayasanın sekizinci maddesinin birinci fıkrası anlamında ne kadar “barışçıl” olarak nitelendirilebilir?¹⁵⁵¹ Yazarın kastettiği, burada artık bir barışçılıktan bahsedilemeyeceğidir. Oysa Alexy'nin görüşünü kabul ettiğimizde bir tartım arayışına girmemiz gerekecektir. Bize göre ise burada artık bir barışçılıktan bahsedilemeyeceği, tartım yapılmadan varılacak bir sonuçtur. Öyleyse anayasal sınırlarla çizilmiş hakkın kapsamının, toplumsal menfaatler veya diğer anayasal haklar gibi dış etkenlerden etkilenmediğini söyleyebiliriz¹⁵⁵².

Anayasal hakların düzenleme alanını ortaya koyan terimler gibi, çoğu kez, anayasanın temel hak koruma alanını belirlemek¹⁵⁵³ için kullandığı terimler -sınır çizici özellikler- de net değildir¹⁵⁵⁴. Özellikle “barışçıl” kelimesi gibi muğlak hukuki terimlerde bu durum geçerlidir. Bu durumda, yukarıda da ayrıntılandığımız üzere, toplanma

¹⁵⁴⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 87-88.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, 88.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, 89.

¹⁵⁵² Barak, *Proportionality*, 36.

¹⁵⁵³ Blaesing'in anayasal sınırları “koruma alanı”nın belirlenmesi anlamında gördüğünü belirtmiştik. Bkz. bu çalışma dp. 1528.

¹⁵⁵⁴ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 86-87.

özgürlüğünün koruma alanı (güvencesi¹⁵⁵⁵) bu belirsiz terimin (barışçılık) yorumlanmasına bağlı olacaktır¹⁵⁵⁶. Ancak tüm terimlerin, bu kadar belirsiz olduğu iddia edilemez. Örneğin, Alman Anayasasının sekizinci maddesinin birinci fıkrası, 9’uncu maddesinin birinci, 11’inci maddesinin birinci ve 12’nci maddesinin birinci fıkralarındaki güvenceler, yalnızca “Almanlar” için geçerliyse, (koruma kapsamının) artık yabancı birinin hakkıyla bir çatışma olasılığı yoktur¹⁵⁵⁷. Dolayısıyla anayasanın kullandığı normatif araçlara bağlı olarak, çatışma riskinin artıp azalacağını söyleyebiliriz. Düzenlendiği hükümde anayasal sınır öngörülmemiş anayasal haklar ise, bu kısıtlamadan yoksun oldukları için, elbette olası çatışmaların kapsamı genişler¹⁵⁵⁸.

Son olarak, başlığın başında açtığımız paranteze de ilişkin olarak, anayasal sınırların, hakların pozitifleştirilmiş içkin sınırları kabul edilmesine dair ifademize bir not eklememiz, yanlış bir algıdan kaçınmak adına iyi olacaktır. Yukarıda da değindiğimiz gibi anayasal sınırları diğer içkin sınır teorilerinden ayırmak gerekir. Çünkü burada açıkça anayasa koyucunun iradesi vardır. Barışçıl olmayan toplanma özgürlüğünün ve meşru olan yollar dışındaki hak arama hürriyetinin kabul edilemeyeceği sonucunun, hakların kendi mahiyetinden yola çıkılarak da elde edileceği, dolayısıyla içkin sınırlar oldukları iddia edilebilir¹⁵⁵⁹. Eşyanın tabiatından kaynaklanan bu çıkarımları anayasa koyucu kendisi öngörerek pozitiflemiştir.

Yaratmaktan kaçınmak istediğimiz algıya gelince; tüm anayasal sınırlar, hakkın kendi mahiyetinden kaynaklanan içkin sınırların pozitifleştirilmesi olarak görülemez. “Silahsız ve barışçıl” toplantılar (GG madde 8/1) zaten toplanma özgürlüğünün

¹⁵⁵⁵ Blaesing “güvence alanı” kavramını kullanmaktadır. Ancak biz koruma alanı kavramını tercih ediyoruz.

¹⁵⁵⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 87.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, 86. Fohmann da, Alman Anayasasının 12’nci maddesinin birinci fıkrasını örnek vererek, buradaki anayasal sınırın yabancılar için mesleki hakka sınır çizdiğine dolayısıyla, temel hakkın koruma alanından kaldırdığına dikkat çekmektedir. Çünkü buradaki “bütün Almanlar” ifadesi korumadan dışlama etkisine sahiptir. Öyleyse anayasal sınırlar, sistematik ve yapısal olarak olumsuz kapsam özelliklerini göstermektedir. Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 55.

¹⁵⁵⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 86.

¹⁵⁵⁹ Gören, temel hakkın koruma alanının sınırlarını yani doğrudan anayasadan kaynaklanan sınırları, “temel hakkın içinde bulunan, doğasından kaynaklanan” sınırlar şeklinde tanımlar. Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, 45. Bizce, belirttiğimiz sebepten ötürü, bu tanım tüm anayasal sınırları kapsayamaz.

yapısından kaynaklanan içkin sınırlar olarak görülebilir¹⁵⁶⁰. Ancak bizce, örneğin aynı maddede yer alan “Bütün Almanlar” ifadesi, hakkın mahiyetinden kaynaklanan bir içkin sınır olarak değerlendirilemez. Nitekim hakkın kendi yapısından kaynaklanan sınırları olduğuna dair içkin sınır teorilerinin, “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için silahsız ve saldırısız olması sınırında olduğu gibi birkaç apaçık örnek dışında kullanılması”, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması açısından istenilmeyen sonuçlara yol açabilir¹⁵⁶¹.

Yukarıda yaptığımız yorumlar, geniş kapsam teorisini reddettiğimiz ve kısıtlayıcı yorumları kabul ettiğimiz anlamına gelmemektedir. Aksine, aşağıda ayrıntılarıyla açıkladıktan sonra, neden geniş kapsam teorisinden yana olduğumuzu izah edeceğiz. Biz yalnızca anayasa koyucunun açıkça belirlediği sınırların, hakkın koruma alanının sınırları olarak kabul edilmek zorunda olduğu görüşündeyiz. Bu dahi tek başına, geniş kapsam teorisini istisnasız bir şekilde kabul etmediğimizi gösterir.

B. GENEL KAMU YARARI KAYDI (TOPLUM KAYDI) (FEDERAL İDARE MAHKEMESİNİN GÖRÜŞÜ)

İçkin sınır teorilerinde, temel hakların içeriklerinin belli olduğuna ve bu içeriklerin hakkın hukuksal niteliğinden çıkarılabileceğine dair görüşler, temel hakların hukuksal niteliğini aşarak içkin toplum kayıtlarıyla sonuçlanmıştır. Bu tür içkin toplum kayıtlarının ortak noktası, anayasada yer almasına bağlı olmaksızın toplum içindeki çok farklı hak sahiplerinin varlığı nedeniyle, temel hak sınırlamalarını zorunlu hale getirmesidir¹⁵⁶². Bir dönem (1953-1970¹⁵⁶³) temel hakların sınırlandırılmasında genel kamu yararı kaydının (*allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt*) uygulanacağı görüşünde olan Federal İdare Mahkemesine göre “belli bir temel hakka dayanmakla, toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşecekse, buna cevaz verilmemesi hak kavramında mündemiç bir esastır”¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 33. Ay. m. 34 için aynı şekilde Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 213-214.

¹⁵⁶¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 220. İçkin sınır teorilerini aşağıda ayrıntılarıyla ele alıyoruz.

¹⁵⁶² Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 13.

¹⁵⁶³ Bkz. bu çalışma dp. 1564.

¹⁵⁶⁴ BVerwGE 1, 92, 94’den alınan çeviri, Fazıl Sağlam’a aittir. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 34. (“Immanent sınır” terimi ilk kez bu kararda kullanılmıştır). *Ibid.*, (dp. 60). Aynı ifade, Nieuwland’un aktardığına göre, ilk kez 1953 yılında BVerwG’nin 1, 48 (52) kararında yer almıştır.

Federal İdare Mahkemesi tarafından geliştirilmiş, toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerleri, özgürlüklerin sınırı olarak gören bu içkin sınırlama anlayışı, doğası gereği temel hakkın kullanılmasıyla bir diğerrinin ihlal edilmesi halini de kapsar¹⁵⁶⁵. Dolayısıyla bu yaklaşım, mahkeme kararlarının bazılarında üçüncü kişilerin temel haklarını içerecek şekilde genişletilmiştir¹⁵⁶⁶. Örneğin FYİM, 1953 yılındaki bir kararında, Restoran Yasasının bir işletmeye yalnızca ihtiyacın kanıtlanması halinde faaliyet izni verilebileceğine dair § 1 paragraf 2 hükmünü, çalışma özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 12'nci maddesinin birinci fıkrasına aykırı görmüştür. Mahkemeye göre, çalışma özgürlüğü dahil hiçbir temel hak, toplum için zorunlu olan hukuki değerleri tehlikeye atması halinde talep edilemez. Halk sağlığını korumak ve alkolün tehlikelerini önlemek için yemek endüstrisinde ihtiyacın tespit edilmesi halk sağlığı için gereklidir. Halk sağlığı ise toplumun varlığı için zorunlu hukuki değerlerden biridir. Nihayetinde FYİM burada hakkın özüne bir müdahale bulmuş ve bu müdahalenin toplum için zorunlu hukuki değerlerin korunması için vazgeçilmez olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla bu kararda Mahkeme, ilgili müdahaleyi hukuka aykırı bulmuştur¹⁵⁶⁷.

Federal İdare Mahkemesi bu formülünü, neredeyse aynı şekilde sürdürmüştür. Bu konudaki önemli tek değişiklik, Mahkemenin, kimi zaman toplumun korunması için zorunlu gördüğü değerlere, “diğerr temel hakları” eklemesi olmuştur¹⁵⁶⁸: “Ancak, *diğerr temel hakları* veya topluluğun varlığı için zorunlu hukuki değerleri tehlikeye atıyorsa, temel çalışma özgürlüğü hakkı da dahil olmak üzere, bu hakların talep edilememesi temel haklarda mündemiçtir”¹⁵⁶⁹. “Diğerr temel haklar”a da değindiği bir kararında ise

Bu karar, aslında uzun bir süredir FYİM'nin içtihadında kullandığı formülü içermekteydi. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 91. Bu nedenle, genel kamu yararı kaydına başvuru dönemin başlangıcını 1953 olarak belirttik. FAYM 26 Mayıs 1970 kararından bu yana (BVerfGE 28, 243 (260)), FAYM'nin -çalışmanın devamında göreceğimiz- içkin formülünü neredeyse artık tam anlamıyla benimsemiştir. *Ibid.*, 95. Nitekim FYİM, 1975 yılındaki bir kararında (BVerwGE 49, 202 (203, 204), iltica hakkının (GG m. 16/2 cümle 2) herhangi bir içkin sınırlamaya tabi olmadığını açıkça vurgulamıştır. Böylelikle, içtihadını bilinçli bir şekilde değiştirdiğini ortaya koymuştur. *Ibid.*, 96. Federal İdare Mahkemesinin, genel kamu yararı kaydına başvurduğu diğerr kararları için bkz. Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 732.

¹⁵⁶⁵ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 5-6.

¹⁵⁶⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 154.

¹⁵⁶⁷ BVerwG, 15.12.1953 - I C 90.53, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/c3a269ee-68ca-4fdb-985a-44c96680721b> (erişim tarihi: 9.5.2022).

¹⁵⁶⁸ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 92.

¹⁵⁶⁹ BVerwG, 10.03.1954 - I C 5.53 <https://research.wolterskluwer-online.de/document/0002b1a7-f57a-4e42-853c-3004855238fa> (erişim tarihi: 9.5.2022). Vurgu bize aittir.

Mahkeme, toplu taşımada düzenli koşulların sağlanmasının, toplum için gerekli hukuki değerlerden biri olduğunu belirtmiştir. Mahkeme buna dayanarak, karara konu olan Yolcu Taşıma Kanununda öngörülen ve ilgili şirkete ancak toplu taşımanın, bu değerlere aykırı olmaması halinde izin verilebileceğine ilişkin hükmün, Anayasaya (madde 12/1) aykırı olmadığını belirtmiştir.

İçkin sınırlar öğretisinin aşırı bir biçimi olarak görülen ve pozitif bir temelden yoksun soyut bir “kamu yararı”na dayanan bu görüş, temel haklar için öz güvencesini bile ortadan kaldıran, kötüye kullanmaya açık, belirsiz bir kriter olmakla eleştirilmiştir¹⁵⁷⁰. Nitekim Mahkeme, bazı kararlarda, örneğin daha üstün toplumsal değerler için genel toplum kaydının, hakkın öz güvencesini aşabileceğini dahi varsaymıştır¹⁵⁷¹. Federal İdare Mahkemesinin formülü bu nedenle, serbest ve keyfi bulunmuştur¹⁵⁷². Nitekim Mahkeme; trafik güvenliğini, halk sağlığını, düzenli bir adalet idaresini, sağlam bir okul ile üniversite sistemini sağlamayı vb. birçok durumu, toplumu oluşturan ve dolayısıyla temel hakların geçerliliğini sınırlayan hukuki çıkarlar arasında saymıştır¹⁵⁷³. Bu da FYİM'nin formülünün keyfilik ve serbestliğe ne kadar yatkın olduğunu gösterir.

Yukarıdaki sebeplerden ötürü, genel toplum kaydı görüşü azınlıkta kalmış ve fazla yaygınlaşmamıştır¹⁵⁷⁴. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi de, yasa kaydı içermeyen hakların toplumun varlığı için zorunlu görülen değerlere dayanarak sınırlandırılmayacağını belirtmiştir¹⁵⁷⁵. Genel toplum kaydına dayanan içkin sınırlar öğretisi reddedilse de, Alman hukukunda, kayıtsız temel hakların sınırsız olamayacağı

¹⁵⁷⁰ Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 732-733; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 13; Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 292 vd.; Berg, *Konkurrenzen*, 94; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 34-35; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 172; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 96-97.

¹⁵⁷¹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 92-93.

¹⁵⁷² Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 56-57.

¹⁵⁷³ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 92.

¹⁵⁷⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 35.

¹⁵⁷⁵ BVerfGE 30, 173 (193): “Sanat özgürlüğü, yasakoyucu için bir sınırlama kaydı içermediğinden ne genel hukuk düzeni ne de anayasal dayanak noktası olmaksızın ve hukuk devleti ilkesini yeterince güvenceye almaksızın toplumun varlığı için zorunlu değerlerin tehlikeye düşmesi formülüyle ifade edilen kayıtlarla değerinden düşürülemez.” (Çeviri Kanadoğlu'nun atıf yaptığımız sayfasındandır.) Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 13. Ayrıca bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 72.

anlayışı geçerli olmaya devam etmiştir¹⁵⁷⁶. Dolayısıyla bu yönde arayışlar da beraberinde gelmiştir.

C. HUKUKİ DEĞERLER TARTISI

Anayasal hakların çatışmasına yönelik çözüm önerisi olarak kabul edilen “hukuki değerler tartışısı”na¹⁵⁷⁷ başvurarak, içkin sınırları belirlemeyi deneyen birçok yazar olmuştur. Fakat biz bu başlık altında Fazıl Sağlam’ın eserinde yer verdiği üç yazara değinmekle yetineceğiz. Yazar hukuki değerler tartışısı altında Hamel, von Hippel ve Haerberle’nin görüşlerine değinmekte, en sonunda da bizim “çatışmadan doğan sınırlılık” altında ele alacağımız Hesse’nin “pratik uyuşum” öğretisine yer vermektedir¹⁵⁷⁸.

Biz bu başlık altında Sağlam’ı takiple, temel olarak üç Alman hukukçusunun görüşlerine yer verdik. Şunu da belirtmemiz gerekir ki hukuki değerler tartışısı öğretisi bu düşünürlerle veya bu dönemle sınırlı değildir. Değerler tartışımı, hala bir çatışma çözüm yöntemi olarak sunulmakta ve hatta çoğu zaman bununla aynı anlama gelen dengeleme (*balancing*) literatür (ve mahkemeler) tarafından benimsenmektedir. Ancak biz burada, bu üç yazara ve özellikle 1970 yılı öncesi görüşlere değinmeyi uygun bulduk. Çünkü aşağıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bu görüşler yukarıda değindiğimiz genel toplum kaydından tamamen bağımsız görüşler değildir. Bu bağlantıyı koparmamak ve okuyucuya göstermek adına, hemen arkasından hukuki değerler tartışısına yer verdik. Bu konuda yapacağımız açıklamalar ve en önemlisi hukuki değerler tartışısına yönelteceğimiz eleştirilerimiz, bu başlık ile sınırlı değildir. Bunlara, çatışma çözüm yöntemleri olarak dengeleme başlığı altında da yer vereceğiz. Böylece güncel haliyle geliştirilen argümanlar ve yöneltilen eleştiriler çerçevesinde konuyu ele almamız mümkün olacaktır.

1. Hamel

Hamel, Federal Yüksek İdare Mahkemesinin toplum kaydı görüşünden yola çıkarak görüşlerini ileri sürdüğü için önce FYİM’nin genel kamu yararı kaydına ilişkin

¹⁵⁷⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 6.

¹⁵⁷⁷ Peter Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt* (C.F. Müller, 1962), 52. Bizim ana metinde değinmeyeceğimiz bazı yazarların görüşlerinin kısa tanıtımı için bkz. Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 52-53.

¹⁵⁷⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 35-41.

açıklamasını hatırlayalım. Mahkemenin, yukarıda alıntı yaptığımız ifadesi şu şekildeydi: “Belli bir temel hakka dayanmakla, toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerler tehlikeye düşecekse, buna cevaz verilmemesi hak kavramında mündemiç bir esastır.” Hamel, buna istinaden şu belirleyici soruyu sorar: “Devletin bu gerekliliğin varlığını inceleme ve temel bir hakkın (meslek özgürlüğü gibi) kullanımını bu incelemenin sonucuna bağlı kılan meşrulaştırma nedir?”¹⁵⁷⁹

Temel hakkın kullanımını için gereklilikleri karşılayıp karşılamayacağına, nasıl karşılayacağına ve temel hakkın kullanılmasının önündeki zorluklarla (örn. bilgi ve becerilerin edinilmesi, ticarete rekabet ve ihtiyaçları hesaplama vb.) başa çıkmaya karar vermek, bu hakkı kullanma hakkına sahip kişiye aittir. Bu da zaten Anayasanın garanti ettiği, anayasal hakkın fonksiyonudur. Devletin yapacağı ancak bu fonksiyonu üstlenmektir. Bu nedenle, yazara göre, temel hakkın kullanılmasıyla çatışmaya neden olduğu veya neden olabileceği, daha üstün hukuki çıkarların korunması adına - özellikle kamu için ilgili hakkın önlenmesi mutlak ve zorunlu görüldüğünde- özgürlüğe müdahale edilebilir¹⁵⁸⁰.

Federal İdare Mahkemesinin kabulü, toplumun varlığı için zorunlu olan hukuki değerlerin tehlikeye düşecek olması halinde temel hakkın iddia edilemeyeceği, şeklindedir¹⁵⁸¹. Mahkemenin bu ibaresi tüm temel haklar için geçerlidir. Ancak Hamel’e göre, Mahkeme, “toplumda temel haklardan önce gelen hukuki değerler” tehlikeye düşecekse demeliydi; çünkü temel bir hak da “toplumun varlığı için zorunlu hukuki bir değerdir”¹⁵⁸². Böylece Hamel bir değer tartımı formülü kurmaya çalışmıştır¹⁵⁸³.

Hamel’in görüşü, Federal İdare Mahkemesinin görüşünün ufak bir düzeltme ile “hukuki değerler tartısı”na dönüşmüş halidir¹⁵⁸⁴. Dolayısıyla Federal İdare Mahkemesinin görüşüne yönelik eleştiriler burada da geçerlidir. Graf’ın da belirttiği gibi,

¹⁵⁷⁹ Walter Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat* (Berlin: Duncker & Humblot, 1957), 43.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, 44.

¹⁵⁸² *Ibid.*

¹⁵⁸³ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 58. Bu arada Graf, Federal İdare Mahkemesinin bir değerler tartımı formülü sunmadığına dikkat çeker. *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 35

FYİM'nin yeniden formüle edilmiş toplum şartı klozu, yasaların üstünde bir temel adalet ilkesi olarak kabul edilemez¹⁵⁸⁵.

2. Von Hippel

Von Hippel'e göre, anayasal hakların sınırları probleminin, Anayasada yer alan sınırlama ve kayıtlama hükümleriyle çözüleceğini düşünmek bir "illüzyon"dur¹⁵⁸⁶. Yazar böyle genel bir problemin çözümü için genel bir formül önerir¹⁵⁸⁷: "Bir temel hak normu, ancak koruduğu özgürlük menfaati, daha üstün değerli menfaatlerle (hukuki değerler) çatışmadığı ölçüde geçerlidir"¹⁵⁸⁸. Yazar bunu, kendi deyimiyle belli bir terminoloji ile "her temel hak, doğal (içkin) sınırını daha yüksek değerli/üstün menfaatlerde (hukuki değerlerde) bulur"¹⁵⁸⁹ şeklinde yeniden ifade eder. Von Hippel'in ortaya koyduğu bu elemanter ilkeyi, "temel haklar alanının ötesinde, tüm hukuk sistemine uygulanan ve geçici olarak tanınсын tanınmasın, kaçınılmaz olarak tekrar tekrar uygulanacak pozitif hukukun üstünde, hukuk sisteminin doğasında bulunan bir ilke" olarak tarif eder¹⁵⁹⁰.

Von Hippel'e göre "temel hak normları, sosyal düzenin belirli temel sorularını anlamlı bir şekilde düzenleme girişimidir. Bunlar, temel bir kararı kasteder: Tüm yaşam koşullarını, devletin düzenlemesinin reddine ve bireyin kendi kaderini tayinine dayalı özgür bir düzene bağlılık"¹⁵⁹¹. Bu noktada temel hak normlarının somutlaştırılması gerekir. Elbette, en başından itibaren şunlara uyulmalıdır: Temel hak normları (yalnızca) temel hak normlarıdır. Onların oluşturduğu ilkelerin somutlaştırılması gerekir¹⁵⁹². Peki, yazarın bu ifadelerden kastı nedir?

¹⁵⁸⁵ Graf, "Die Grenzen der Freiheitsrechte", 58.

¹⁵⁸⁶ Eike von Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte* (Berlin: Duncker & Humblot, 1965), 22. Ayrıca Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁵⁸⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁵⁸⁸ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 25-26. Ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 35; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁵⁸⁹ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 26. Yazar menfaat (*Interesse*) ile hukuki değerleri (*Rechtsgüter*) aynı anlamda kullanır (Ibid., dp. 14). FAYM de menfaat ile hukuki değer arasında ayırım yapmaz. *Lüth* kararında (BVerfGE, 7, 207 (210)) "değerler tartımından" (*Abwägung*) ve "menfaatlerden", *Apothekenurteil* kararında (BVerfG 7, 377) "menfaatlerin...tartımı"ndan ve "değerlerin korunması"ndan bahsetmiştir. "Menfaatler"den ise FAYM, basitçe öznel arzuyu/kişisel isteği değil, objektif hukuki değerleri (*Rechtsgüter*) anlar. *Ibid.*, 26 (dp. 14).

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, 30.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, 15.

¹⁵⁹² *Ibid.*

Buna göre, yüksek soyutlama içeren temel hak normları, yalnızca kılavuzluk yaparlar. Böylece pek çok durumda kesin kararlara yol açarlar. Temel hak normları bireysel otonominin önemini vurgulayarak, toplumsal yaşamda ve çatışmalarda buna özel ağırlık verilmesi gerektiğini gösteren ilkelere. Bunu da örneğin din özgürlüğü, fikir özgürlüğü, meslek özgürlüğü, mülkiyet vb. belli çıkarları içererek yapar^{1593, 1594}. Bu noktada temel hak normları, yalnızca genel bir göstergedir¹⁵⁹⁵. Çünkü bunlar sadece özgürlüklere dair menfaatleri güvence altına almazlar. Bu menfaatin önüne geçen çok sayıda başka değer içerirler¹⁵⁹⁶.

Yukarıdaki tartışmamızda asıl sorun, tekil bir hukuk normunun geçerlilik alanına ilişkin olarak ortaya çıkar¹⁵⁹⁷. Her hukuk normu; belli bir kişinin belli bir durumda, örneğin alıcı, satıcı, memur, baba vb. statülerde nasıl davranması gerektiğini belirten, sosyal “olmalı” (*Soll*) niteliğindeki cümledir. Buradaki “olmalı” niteliğinin arka planında, esasen “yapabilir” (*dürfen*) niteliğindeki cümle vardır. Dolayısıyla “olmalı” cümlesi, “yapabilir” cümlesi ile de ifade edilebilir. Örneğin, “mal sahibi, malına istediği gibi davranabilir ve malını başkalarının her türlü etkisinden uzak tutabilir” şeklindeki cümle, herkesin kural olarak bunu kabul etmesi ve buna tahammül etmesi gerektiği gerçeğini de ifade eder¹⁵⁹⁸. “Örneğin, ‘herkes fikrini özgürce açıklama ve yayma hakkına sahiptir’ cümlesi şu anlama gelir: ‘kamu otoritesi’ (prensipte) bireylerin görüşlerini açıklamalarını ve yaymalarını kabul etmek ve buna katlanmak zorundadır, dolayısıyla böyle bir görüş ifadesi (prensipte) yasaklamaz”¹⁵⁹⁹.

Dolayısıyla yukarıda bahsettiğimiz açıklamalarıyla von Hippel, aslında bizim ilk bölümde Hohfeld’in analizlerine dayanarak tartıştığımız konulara denk gelecek ifadelerde bulunur. Yazar böylece, hak ve yükümlülük arasındaki ilişkiyi ortaya koymuş

¹⁵⁹³ “Saf kurallar teorisi”, “saf ilkeler teorisi” ve “ilkeler ile kurallar teorisi” ayrımında Alexy, Von Hippel’in açıklamalarının, saf ilkeler teorisine (*the model of pure principles*) denk geldiğini ifade eder. *A Theory of Constitutional Rights*, 70. Saf ilkeler teorisinde, anayasal hak normları ilkelere ve kurallardan oluşur. Buna göre, ilkeler, anayasal hak hükümlerinde doğrudan güvence altına alınmış (*enacted guarantees*) garantiler ilkeler olarak anlaşılabilir. *Ibid.*, 69. Kurallar ise dengelemenin sonucu olarak, öncelik koşullarının belirlenmesinden doğar. Bu model, kurallar tamamen ilkelere bağlı olduğu için saf ilkeler teorisi olarak adlandırılır. *Ibid.*, 69-70.

¹⁵⁹⁴ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 15- 16. Bkz. ayrıca Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁵⁹⁵ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 18.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, 16.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, 16-17.

olur. Buradan da yazar, her hukuki ilkenin, belirli bir yaşam durumunda neyin uygulanması gerektiğini belirten belirli bir yaşam sorusunun cevabı olduğu sonucuna varır¹⁶⁰⁰. Ancak özellikle temel hakların soyut, genel normlarıyla ilgili olarak sorulması gereken bu soruda asıl zorluk, cevabı açıkça verecek bir formül bulmaktır¹⁶⁰¹. Bu noktada da yazar, kazuistik düzenlemelerden yola çıkar. Bu tür düzenlemelerde, hukuki önermeler öyle ayrıntılı ifade edilmeye çalışılır ki bu zorluğun üstesinden gelinebilsin. Ancak buna rağmen, bu sorunun kolayca yanıtlanamayacağı durumlar olacaktır. Örneğin, bir yolda 50 km hızın aşılması gerektiğine dair ceza kanununu hükmü, yolda gördüğü trafik kazası geçirmiş, kanlar içinde birini kurtarmak için bu hızı aşan doktor için geçerli midir? Aynı doktor, yine kanunun ayrıntılı şekilde düzenlenmiş bir başka hükmünde yer alan, polisin işaretlerine uyma yükümlülüğüne tabi midir? Görüleceği üzere en kapsamlı kazuistik düzenlemelerde dahi, yaşamın çok yönlü olmasının getirdiği, bir normun hangi durum için geçerli olduğunun açık olmaması hali vardır. İşte bu tür normlar için durum böyleyken, anayasal hak normları gibi soyut ifadeler içeren normlarda zorluk çok daha yüksektir¹⁶⁰². Dolayısıyla von Hippel’in, anayasal hak normlarının yalnızca birer gösterge olabileceğine dair ifadesinin sebebi yaptığı bu açıklamalarda bulunabilir.

Von Hippel’e göre, anayasal hak normlarının yalnızca birer gösterge olduklarından bahsettik. Yazara göre bu genel referansın sıklıkla net bir karar verilmesini mümkün kılar. Yine de ilgili durumun dikkatli bir analizi ve sadece ilgili tüm menfaatlerin uygun bir tartımı (*Abwägung*) temel alınarak bir sonuca varılabilir¹⁶⁰³. Soyut temel hak normlarının geçerli olduğu özel durumların neler olduğu, diğer bir deyişle temel hakların “içkin sınırlarının” nasıl belirlenebileceği konusunda¹⁶⁰⁴ Von Hippel’in verdiği açık ve detaylı bir yanıt yoktur. Yalnızca, yazarın çıkardığı şu genel sonuçlar vardır:

Haeberle’nin de “çift karakter” (*doppelcharakter*)¹⁶⁰⁵ olarak nitelediği anayasal hakların bireysel ve kurumsal yönleri dikkate alındığında, temel hak normlarına, yasal kayıtlar içerse bile, her zaman mümkün olduğu kadar geniş bir geçerlilik kapsamı

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, 17.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

¹⁶⁰² *Ibid.*

¹⁶⁰³ *Ibid.*, 18. Bkz. ayrıca Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁶⁰⁴ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 20.

¹⁶⁰⁵ Bkz. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 70 vd.

bırakılmalıdır. Daha yüksek değerli çıkarları sağlamak gerektiğindeyse bireysel çıkarların korunması reddedilecektir¹⁶⁰⁶.

Elementer¹⁶⁰⁷ ilkeden yola çıkarak von Hippel hiçbir durumda, hakkın, bu gereklilikten daha fazla bir şekilde zarar göremeyeceğini vurgular. Yazar bu sonuca Alman Anayasasının 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasını¹⁶⁰⁸ göz önünde bulundurmasına rağmen varır. Burada yazarın sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklara özgü konuştuğunu gösteren hiçbir ibare yoktur. Aksine yazar yasa kaydından bahseder. “Yasa kaydı, soyut cümlelerin kapsamının, ilgili yaşam koşullarının dikkatli bir analizi ve ilgili tüm çıkarların adil bir şekilde tartılması temelinde oluşturulmasına olanak tanır”¹⁶⁰⁹. Bu anayasal hakların “tasarlanması ve sınırlarının çizilmesi” (*Ausgestaltung und Begrenzung*) meselesidir¹⁶¹⁰. Yasa kaydı ise bunu ancak daha yüksek bir değer için korunması için yapabilir. Bir anayasal hakkın koruduğu menfaatin ihlali, bunun gerektirdiğinden öteye gidemez¹⁶¹¹.

Böylece en başta belirttiğimiz gibi, von Hippel'in kayıtlama hükümlerini, neden bir illüzyon olarak gördüğü de ortaya çıkmış olur. Ne var ki yazarın saf ilke teorisi, kademelendirilmiş hak sınırlama sistemini göz ardı eder. Federal Alman Anayasasının genel hüküm koymayıp münferit anayasal hak güvenceleri için geniş bir sınırlama yelpazesi yani kademelendirilmiş sistem kurduğunu¹⁶¹² belirtmiştik. Bu nedenle, yazarın teorisi anayasanın metniyle çelişir¹⁶¹³. Alexy'nin ifadesiyle, yazar Anayasanın metnine uyma ödevini tartım uygulamasıyla değiştirir ve Anayasanın “normatif açıklık ve belirsiz

¹⁶⁰⁶ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 49-50.

¹⁶⁰⁷ Kelimeyi Fazıl Sağlam'ın eserinde tercih ettiği gibi, aynen tutuyoruz.

¹⁶⁰⁸ GG m. 19/2: “Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz.”

¹⁶⁰⁹ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 52.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ *Ibid.*, 54. Yazar buna, FAYM'nin *Apothekenurteil* kararını (BVerfG 7, 377 (409)) örnek olarak verir. Burada anayasal hakların bağlamları ve sosyal yaşamdaki önemlerini dikkate alan bir yorum ile yasa koyucunun düzenleme yetkisinin sınırı çizilmiştir. *Ibid.* FAYM'nin bu kararı yeniden karşımıza çıkacak.

¹⁶¹² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70. Alexy, anayasal hakları ilke olarak uygularken FAYM'nin de “her bir anayasal hakkın doğasına uygun olarak şekillenmiş sınırlama sistemi”ne dikkat çektiğini belirtir. *Ibid.*, 70-71. Ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 2-3.

¹⁶¹³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 71.

olmama” şeklindeki katı kriterini yanlış değerlendirir¹⁶¹⁴. Herhangi bir yorumun sınırı¹⁶¹⁵ olarak anayasanın metni, başlangıç noktasını oluşturur. Metinden, yalnızca açıkça öngörülen sebeplerde ayrı düşülebilir. Oysa von Hippel bu teorisi, Alexy’nin deyimiyle, Anayasanın “sınırlama sistemi” yerine bir “sınırlama kaosu”¹⁶¹⁶ yaratmıştır¹⁶¹⁷.

Anayasa metnini ciddiye almamakla¹⁶¹⁸ suçlanan bu yaklaşım, bununla bağlantılı görülecek şekilde, temel hakları yalnızca çıkar değerlendirmesinde bir işaret, kılavuz olarak görerek, onların norm niteliğini gözden uzak tutmakla da eleştirilmiştir¹⁶¹⁹. Fazıl Sağlam, von Hippel’in kendi deyimiyle “tamamıyla biçimsel”¹⁶²⁰ olarak nitelendirdiği, yine kendi kabulüyle temel hak sınırlama sorununu çözmeye elverişli saymadığı¹⁶²¹ bu elemanter ilkeyi, buna rağmen temel hak sınırlamasında yetki temeli olarak görmesini ironik bir dille eleştirir¹⁶²². Gerçekten de, her çatışma durumunda, çatışan çıkarlardan hangisi diğerinden (veya bunlardan) daha değerli kabul edilmelidir, sorusunun ortaya çıktığını belirten¹⁶²³ Von Hippel’e göre hiçbir biçimsel ilke - tüm sorunun gerçek “özü”

¹⁶¹⁴ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 17-18. Anayasanın katılığına (*Rigidität*) dayanan Müller haklı olarak “tüm anayasanın referans sistemine”, “anayasal değer sisteminin bütünlüğüne” atıfta bulunarak, bir yasa kaydının, temel haklara tecavüz etme imkanı vermeyeceğini belirtir. Müller’in görüşleriyle aynı yönde olan Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 71. Ayrıca aynı yönde bkz. Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 50-51; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 43.

¹⁶¹⁵ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 65.

¹⁶¹⁶ Sınırlama kaosu tezi için bkz. Betterman, *Grenzen der Grundrechte*, 3. Betterman bu kavramı (sınırlama kaosu) Alman anayasasındaki sınırlama rejimine yönelik olarak kullanır. Yazar, çalışmasının başında bazı haklara ilişkin sorular sorar. Örneğin, neden bazı haklar için anayasal sınırlar varken bazıları için yok, neden bazı haklar için yasayla sınırlama imkanı varken diğerlerinde bu söz konusu değil veya örneğin, “ahlaka aykırılık” neden kişiliği geliştirme hakkı için bir sınır da söz gelimi inanç veya ifade özgürlüğü yahut mülkiyet hakkı için sınır olarak öngörülmemiştir. Yazarın burada kastettiği, Federal Alman Anayasasının ortaya koyduğu kademeli sınırlama sisteminden ötürü Anayasanın keyfilik ve çelişkilerden muzdarip olmasıdır. *Ibid.*, 1-3. Benzer eleştiriler için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 34. Bugün aynı eleştiriler, bizim anayasamıza da tereddütsüz şekilde yönlendirilebilir. Özellikle 2001’de genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasıyla beraber anayasa hukukçularının, haklarında özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş veya eksik öngörülmüş anayasal hakların sınırlandırılması meselesine bu kadar kafa yormalarının sebebi de budur. Bu arada ilginçtir ki Bettermann’ın kavramını kullanarak ve anayasal metne sadık kalmamakla Von Hippel’i eleştiren Alexy’nin değindiği çalışmada Bettermann, bu kaosu ortaya koyduktan hemen sonra tutarlı veya hukuki pratik olarak uygulanabilir herhangi bir teorinin, kaçınılmaz olarak anayasanın lafzıyla çelişeceğini, çünkü sınırlama düzenlemesinin ne tutarlı ne de uygulanabilir olduğunu belirtir. Betterman, *Grenzen der Grundrechte*, 3. Bu elbette, Von Hippel’in teorisinde, anayasa metnine gerekli dikkatin verilmediği şeklinde eleştirilerimizi geçersiz kılmaz. Yalnızca bahsettiğimiz ve bize ironik gelen bu kısmı paylaşmak istedik.

¹⁶¹⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 71.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, 70.

¹⁶¹⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 16.

¹⁶²⁰ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 31. (Ayrıca *ibid.*, dp. 40)

¹⁶²¹ *Ibid.*, 47.

¹⁶²² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 16.

¹⁶²³ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 31-32.

olan- bu soruya bir yanıt veremez¹⁶²⁴. Bir cevap, ancak ilgili menfaatlerin değerlendirilmesi temelinde bulunabilir. Böyle bir değerlendirme ise değer ölçütünü gerektirir. Bu ölçütü elde etmek için, farklı ilgili menfaatlerin bir sıralaması gösterilmelidir¹⁶²⁵.

Von Hippel'e göre, belirli bir özgürlük menfaatinin başka bir menfaatin altında olup olmadığı genel olarak kararlaştırılmayacağı için ayrı ayrı inceleme gerekir. Haklar çok fazla yetkiyi içerebildiği için her bir hakka ilişkin olarak daha fazla farklılaşma gerekir. Bu da menfaatlerin tartımını, "bireysel davanın olguları"na büyük ölçüde bağlı kılar¹⁶²⁶. Bununla beraber, yazar çeşitli menfaatlerin bir sıralamasının yapılmasını önermez. Tam tersine, burada önemli bir bilimsel ödev vardır. Bu bilimsel ödev, düşünülen çeşitli vakıaların kesin bir incelemesine ve tipik vakıa gruplarına dayalı olarak yerine getirilir. Bir hakkın, her zaman diğerini önceleyeceği şeklinde şematik genel tez ve çıkarımlar öne sürülemez¹⁶²⁷. Bu açıklamalar dışında, yazarın bahsettiği "bilimsel çalışmanın" nasıl olacağı yönünde sunduğu bir kriter ise yoktur.

3. Haeberle'nin Genel Yasalar Kaydı

Hakların için sınırlarını belirlemek için hukuki değerler tartışına başvuran Haeberle'nin teorisinde, ana dayanak genel yasalar (*allgemeine Gesetze*) kaydıdır. Dar kapsam teorileri altında ele alınan bu teoride, genel yasaların kapladığı her şey hakkın kapsamı dışına atılır¹⁶²⁸. Haeberle'nin görüşleri üzerinde daha geniş tartışmalara ve açıklamalara yer verdiğimiz için, bunları alt başlıklarda değerlendireğiz. Ancak, Haeberle'nin genel yasalar kaydını nasıl ele aldığını incelemeye geçmeden, daha erken bir tarihte genel yasalar kaydına dayanmış olan Smend'in görüşüne kısaca yer vereceğiz.

a. Smend'in Genellik Kavramı

Genel yasalar kaydı teorisindeki, "genellik" farklı şekillerde anlaşılabilir. Ancak, "genellik" kavramı için temel itibarıyla Smend'in "maddi" (*materiale, Allgemeinheit*) ve

¹⁶²⁴ *Ibid.*, 32.

¹⁶²⁵ *Ibid.* Ayrıca bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁶²⁶ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 34; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 70.

¹⁶²⁷ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 34.

¹⁶²⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206. Ancak bu teorinin, neden dar kapsam teorisi olarak değerlendirilemeyeceği ana metinde açıklanacaktır.

“nesnel” (*sachlich, objektive*) genellik¹⁶²⁹ ayrımı dikkate alınabilir. Weimar Anayasasının 118’inci maddesinin (ifade özgürlüğü) yorumundan yola çıkan Smend’e göre, “ifade özgürlüğünden daha önemli olan sosyal menfaatleri koruduğu için 118’inci maddeyi önceleyecek” kanunlar *maddi olarak* geneldirler¹⁶³⁰.

Haeberle de, Smend’e benzer olarak “genel”¹⁶³¹ yasaları, anayasa tarafından ilgili temel hakka eşit veya ondan daha yüksek değerde kabul edilen hukuki hükümler, olarak tanımlar. Ancak Smend yalnızca ifade özgürlüğünden yola çıkarken, Haeberle, maddi genellik teorisini tüm anayasal haklara genişletir¹⁶³².

b. Genel Yasalar Kaydı

Haeberle’ye göre, her temel hakkın sınırı, genel yasalarla çizilir¹⁶³³. Bu nedenle de genel yasalar, anayasal haklara içkindir¹⁶³⁴. Haeberle’nin teorisinde; içkin sınırlar olarak genel yasaların temel haklara sınır çizdiği gibi, anayasanın “değerler sistemi”nin bir parçası olarak temel haklar da genel yasaları etkiler. Bu anlamda temel haklarla diğer anayasal değerler arasında, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin düşünce özgürlüğü ile ilgili kararında vurguladığı¹⁶³⁵, karşılıklı bir etki (*Wechselwirkung*) vardır¹⁶³⁶.

Christian Rumpf, karşılıklı etkiyi, “temel hakların kendilerinin de, sınırlayıcı menfaatlerin karşısında sınırlayıcı bir işlev” içermesi olarak tasvir eder¹⁶³⁷. Karşılıklı etkileşimi ve hukuki değerler tartışını anlayabilmek için Haeberle’nin kurumsal

¹⁶²⁹ Maddi ve nesnel (objektif) genellik kavramları için Rudolf Smend, “Das Recht der freien Meinungsäußerung”, içinde *Staatsrechtliche Abhandlungen* (Berlin: Duncker und Humblot, 1968), 96-97. Alexy de Smend’in bu ayrımını temel almıştır. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206.

¹⁶³⁰ Smend, “Das Recht der freien Meinungsäußerung”, 97-98. Smend’in bu açıklaması için ayrıca bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206-207; Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 732; Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 26-27.

¹⁶³¹ Bkz. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 32.

¹⁶³² *Ibid.* Ayrıca bkz. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 207; Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 109; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 54.

¹⁶³³ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 32, 51. Ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37-38.

¹⁶³⁴ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 51. Ayrıca Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 107.

¹⁶³⁵ BVerfGE 7, 198 (208).

¹⁶³⁶ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 31 vd.; özellikle *ibid.*, 34.

¹⁶³⁷ Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı* 10 (1993): 45. Yazar, “karşılıklı etkileşme” kavramını tercih etmiştir.

teorisini¹⁶³⁸, kısaca da olsa, özetlemek gerekir. Maurice Hauriou'nun kurumsal teoriden¹⁶³⁹ yararlanarak kendi “temel hakların kurumsal anlayışı”nı ortaya koyan Haerberle'ye göre, temel hakların, sübjektif kamu hakkı yanında, taşıdıkları kurumsal bir nitelik de vardır¹⁶⁴⁰. “Temel haklar, temel hak öznesi açısından bakıldığında sübjektif kamusal hak niteliğindedirler; ancak yaşam ilişkileri açısından kurum olarak gözükürler”¹⁶⁴¹.

Haerberle'ye göre bu iki taraf yani temel hakların sübjektif kamu hakları olmaları yönü ve kurumsal yönü, eşit seviyededir ve karşılıklılık ilişkisi içerisinde. Bu nedenle de yasa koyucu, bireysel haklar adına temel hakların kurumsal yönünü ve tam tersi, hakların kurumsal yönü uğruna sübjektif bireysel haklara dokunamaz¹⁶⁴².

Haerberle'nin, “kurum”dan anladığı, bireysel özgürlüğün korunabileceği ve geliştirilebileceği “yaşam alanlarının” anayasal güvencesidir (objektif düzenler). Bu yönüyle terim, “normlar kompleksi” kavramına yaklaşır¹⁶⁴³. Normlar kompleksini basitçe, temel hakların güvence altına aldığı yaşam alanlarını, belli bir düzen içinde şekillendirip, yaşam ilişkilerini objektifleştiren sayısız norm bütünü olarak belirtebiliriz¹⁶⁴⁴.

Normlar kompleksine¹⁶⁴⁵ ağırlık veren kurumsal yaklaşımda, yasa koyucu, temel hakların kurumsal yanının geliştirilmesinde çok önemli bir role sahiptir¹⁶⁴⁶. Zira temel haklar düşüncesi, normlar kompleksi sayesinde sosyal gerçeklikte vücut bulur¹⁶⁴⁷. Örneğin, ekonomik gücün kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik yasaları

¹⁶³⁸ Haerberle'nin kurumsal temel haklar tezinin görece geniş bir özeti için bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 181-192.

¹⁶³⁹ Bkz. HAURIOU, M., *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, (Hrsg. SCHNUR, R.), Berlin 1965, s. 27-66'den belirten Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37. Ayrıca Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 51.

¹⁶⁴⁰ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 70. Bkz. ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 182-83.

¹⁶⁴¹ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 71. (“Die Grundrechte erscheinen vom Grundrechtsberechtigten her gesehen als sübjektive öffentliche Rechte, von den Lebensverhältnissen aus als Institute.”)

¹⁶⁴² Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 72. Ayrıca Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 52.

¹⁶⁴³ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 98; Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 51.

¹⁶⁴⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37.

¹⁶⁴⁵ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 98; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 182.

¹⁶⁴⁶ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 116. Bu yaklaşımı eleştiren birçok yazar için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37 (dp. 82). Ayrıca Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 187-189.

¹⁶⁴⁷ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37.

değerlendirelim. Bu tedbirler sözleşme özgürlüğünü sınırladığı için ilk bakışta olumsuz olarak değerlendirilebilecek müdahaleler olarak görülür. Ancak öte yandan, bir bütün olarak bakıldığında, sınırlamanın amacı sözleşme ve rekabet özgürlüğü kurumunu korumaktır. Sözleşme ve rekabet özgürlüğünün belirlediği yaşam alanı, bu şekilde varlığını sürdürebilecek ve aslında özünde sözleşme özgürlüğüne aykırı olan tekeller ya da güçlü konumda olanın dayattığı diğer sözleşmeler engellenmiş olacaktır. Öyleyse sözleşme özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü ve rekabet özgürlüğü kurumunun içinde varlığını sürdürecektir¹⁶⁴⁸.

Eşit veya daha yüksek değerdeki çıkarların “kanunlara” ve “verilen emirlere” bağlanması, bunları uygulamaktan yasama organının sorumlu olduğunu gösterir¹⁶⁴⁹. Temel haklara, başka yaşam alanlarına veya hukuki değerlere karşı sınır çizilmesi, temel hakların kurumsal niteliklerinden kaynaklanır¹⁶⁵⁰. Yasa koyucu temel hak özgürlüklerinden yararlanılabilmemesinin koşullarını sağlayıp özgürlük haklarının içeriğine “kurucu katkılar”da bulunarak, bir nevi özgürlük yapıcı haline gelir¹⁶⁵¹. Bunu; çeşitli yaşam alanlarına şekil vererek, örgütlenmiş bir düzen sağlayarak ve bu yaşam alanlarını böylece birbirinden ayırarak yapar. Böyle olunca da haktan bahsettiğimizde, “sınır” ile “öz” (içerik) aynı şey haline gelir¹⁶⁵².

Sınır ve öz (içerik) aynıdır; çünkü yasa koyucunun bir yasa kaydına dayanarak temel hak alanında yaptığı tüm düzenlemeler, temel hakkın özüne aittir¹⁶⁵³. Bir hakkın içeriği de dahil olmak üzere her içerik sınırlarla belirlendiğinden, her sınır bir içeriği belirler¹⁶⁵⁴. Temel hakka her sınır çizme, içerik belirlemenin bir parçasıdır. İçeriğe sınır çizilmesi ve içeriğin tanımı birbirine aittir¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁴⁸ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 117 vd.

¹⁶⁴⁹ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 109-110.

¹⁶⁵⁰ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 71, 72, 125; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 35-36; Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 49 (dp. 8). Ayrıca Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 179-184.

¹⁶⁵¹ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 116, 187, 180 vd. Ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 37; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 186.

¹⁶⁵² Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 183.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, 207.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, 179, 185 ayrıca bkz. *ibid.*, 180.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, 179. Hamel’in de aynı yönde görüşleri için bkz. Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte*, 45.

Temel hakların kurumsal teorisinde yasa kayıtları, yasama organının “ilgili yaşam koşullarının soyut analizinin kapsamını ve ilgili tüm çıkarların adil bir şekilde tartışılmasını” sağlar¹⁶⁵⁶. Bunlar, yalnızca içkin temel hak sınırlarını gerçekleştirmenin bir yoludur¹⁶⁵⁷, “içkin sınırların spesifikleştirilmesidir”¹⁶⁵⁸. Bu bakış açısından yola çıkıldığı için de bu teoride, yasa kaydı ile geleneksel ihlal düşüncesi reddedilir. Yasa koyucu “kurumları” belirlediğinde, “temel hakkın fiili içeriğini” ihlal etmez, temel hakkı sınırlamaz, sadece temel hakların içsel sınırlarını belirler. Dolayısıyla yasa koyucunun “temel hakları belirleyen bir şekilde” hareket ettiği söylenebilir¹⁶⁵⁹. Düzenleme, ihlal, içeriğin ve sınırların belirlenmesi, kısıtlama, sınırlama kavramları, yalnızca yasa tekniği açısından farklılık içerirler; yoksa hepsinin işlevi anayasal hakkı belirlemektir¹⁶⁶⁰. Nitekim Haerberle, terminolojik açıdan “sınırlamalardan” (*Schranken*) ziyade, “sınırlardan” (*Grenzen*) bahsederek, izin verilen sınırların, temel hakka “dışarıdan” getirildiği fikrini engellemeyi amaçlar¹⁶⁶¹.

Temel haklara içkin sınır olarak, değerlerin tartışılması, özellikle Haerberle’nin çalışmasıyla beraber, temel hakların doğasına (özü) ve yasa kaydına ilişkin ihtilafların konusu olmuştur¹⁶⁶². Özgürlük anlayışıyla bağlantılı olarak bunlara değineceğiz. Ancak burada önce, kendisinin genel açıklamalarından Haerberle’nin teorisine olumlu yaklaştığı anlaşılan Bolz’un görüşlerine değinmek istiyoruz.

c. Bolz’un Görüşleri

Bolz’un, Haerberle’ye itiraz ettiği nokta öncelikle terimsel bir meseledir. Bolz’a göre, temel hakların içkin sınırları, kendiliğinden “genel yasalar” değil; gerçekte onlar tarafından algılanan menfaatler veya içerdiği değerlerdir. Bu nedenle de “genel yasalar” kavramından vazgeçilebileceği görüşündedir¹⁶⁶³. Bu konuda çok şey yazmaya gerek yok.

¹⁶⁵⁶ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 54 (dp. 22). Dikkat çeken Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 53.

¹⁶⁵⁷ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 207.

¹⁶⁵⁸ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 53-54. Ayrıca anayasal sınırlar başlığı altında olumlu özgürlük kapsamındaki açıklamalarımız için Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 242’ye atıfla bkz. bu çalışma dp. 1536.

¹⁶⁵⁹ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 222-223; Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 53.

¹⁶⁶⁰ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 54. Bkz. ayrıca Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 41.

¹⁶⁶¹ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 37- 51; 180. Buna dikkat çeken Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 107, 108.

¹⁶⁶² Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 49.

¹⁶⁶³ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 109. İlginçtir ki Bolz’un Haerberle’nin teorisinde sorunlu gördüğü nokta “genel yasalar” terimidir. Bu terim terminolojiden saptığı için sorunlu görünür. Şöyle ki burada kastedilen, genel olarak uygulanabilir, yani herkesi

Gerçekten de genel yasalarla kastedilenin değerler olduğu dikkate alındığında Bolz'un eleştirisi yerindedir. Haeberle'nin öğretisinin hukuki *değerler* tartısı altında değerlendirilmesinin sebebi de budur.

İçkin sınırlar olarak tartımı kabul ettiği anlaşılan Bolz'a göre, "sınırlar" (*Grenzen*) başlangıçtan itibaren sabitlenmez; çeşitli çıkarları tartmak için tekrar tekrar teleolojik olarak belirlenmeleri gerekir¹⁶⁶⁴. İçkin sınırlar, tartımdan bağımsız olarak temel hakların koruma alanından bir dışlamaya yol açmazlar. Temel bir hakkın, bireyin yasal konumundan yoksun bırakılması halinde "etkilenmediği" görüşü, içkin sınırlar düşüncesine uygun düşmez. Çünkü bu etkilenme, her zaman bir çıkarlar tartımına (*Güterabwägung*) bağlıdır¹⁶⁶⁵. Buraya kadar Bolz'a katılıyoruz. Hukuki değerlerin tartımı yoluyla temel hakların birbirine içkin sınır oluşturduğu kabul edilirse bu sınır, tartım gerçekleşmeden tespit edilemeyecektir. Bu da, karşısındaki hak nedeniyle kendisine sınır çizilen hakkın, sınır çizme eyleminden önceye göre farklı oranda bir korumadan yararlandığı, dolayısıyla da bu tartımdan etkilendiğini gösterir.

Bolz'un yukarıda değindiğimiz açıklamaları- yazardan da bağımsız olarak- daha derinlemesine ele alınması gereken açıklamalardır. Çünkü içkin sınırların sabit olmaması düşüncesi bizzat içkin olma kavramına zıt görünebilir. Bir şeye içkin yani bir şeyde mündemiç olan şeyin zaten var olduğu düşünülduğünde, bunun sabit olduğu da hemen arkasından gelen bir düşünce olacaktır. Ancak bu böyle değildir. Anayasal hakların birbirine içkin sınır oldukları kabul edildiğinde dahi bunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekecektir. Zaten içkin sınırlar teorisinin handikapı ve dışsal teoriye kaymak zorunda olduğu yer de burasıdır. Bunun işaretlerini kapsam teorilerini açıkladıktan sonra "ara bağlantı" da vermiştik.

Koruma alanı düzeyinde içkin sınırlar kendi içinde tutarlıyken, "sınırlama düzeyinde içkin sınır teorisinin" ne kadar tutarlı olduğunu ve çatışma çözümü için tercih edilebilir bir başlangıç noktası olup olmadığını, "çatışmadan kaynaklanan sınırlılık"

hedefleyen düzenlemeler değildir. Genel yasalar, ceza kanunu, borçlar kanunu, medeni kanun vb. gibi "genel" bir koruma alanına sahip kanunlarla ilgili de değildir. Fakat elbette bu kanunlar da, Haeberle'nin teorisi anlamında "genel yasalar" içerebilir. *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, 25-26. Bkz. bu çalışma dp. 1711.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, 115.

halini de ele aldıktan sonra tartışacağız. Bu nedenle bu açıklamalarla yetinerek, yeniden Bolz'un değerlendirmelerine geçelim.

Bolz'a göre, iki ihtimal vardır. Birinci ihtimale göre, anayasa tartımı açık ve spesifik hale getirmiştir, böylece kolayca anlaşılabilir. İkinci ihtimalde, yani anayasanın bunu sadece ilkel ve somutlaştırılması gereken bir biçimde yapması halinde, yasama organının ve hakimin, ilgili menfaatleri ve değerleri Anayasadan kaynaklanan direktiflere uygun olarak tartma görevini üstlenmeleri gerekir¹⁶⁶⁶. Ancak yazar buna örnek vermemiştir ve bu tarz bir direktifin nasıl olması gerektiğini açıklamamıştır.

Bolz, sadece temel haklar normunun lafzına hemen eklenen ek normatif düzenlemelerin değil¹⁶⁶⁷, aynı zamanda anayasal metin içindeki temel hakların garantisine (mekansal) yakınlıklarına bakılmaksızın, diğer anayasal hükümlerin de içkin sınırlar olarak anlaşılması gerektiği görüşündedir¹⁶⁶⁸. Örneğin, Anayasa, içerdiği temel hak normlarıyla, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve vatandaşların kişiliklerinin (medeni ve/veya cezai) korunmasını vb. hedefler. Bu hedefler de, temel hak normlarının kapsamını ve niteliğini etkiler¹⁶⁶⁹. Bolz'un bu tespiti, bizim anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılığa ilişkin açıklamalarımıza denk gelir.

Biz de, anayasal hakların (mekânsal) yakınlıklarına bakılmaksızın, diğer anayasal hakların sınırlarında dikkate alınması gerekliliğine dikkat çekeceğiz. Ancak burada içeriğinin tespiti tartışmalı olabilecek “hedefler”den değil, aynı zamanda gerçekleştirilmesi gereken “anayasal haklardan” bahsediyoruz. Buna ek olarak, yazara (ve elbette Haerberle'ye) “daha yüksek mertebede” olan anayasal hakların varlığı konusunda katılmıyoruz. Dolayısıyla yazarın, “genel yasalar” teorisinde vurguladığı, anayasanın belirli değerlerinin, eşit veya *daha yüksek* mertebede olmaları halinde, temel

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, 115.

¹⁶⁶⁷ Bununla yazarın kastettiği “anayasal sınırlar” olmalıdır.

¹⁶⁶⁸ Buna ilişkin olarak Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 38; Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 113. Örneğin İsviçre Anayasasında hem mülkiyet güvencesi ve hem de kamulaştırma imkanı öngörülmüştür. Bu nedenle, Anayasada yalnızca mülkiyet güvencesinde, kamulaştırmaya yönelik de kurallar ve kriterler vardır. Bunun yanı sıra, anayasa mekansal planlama ve çevrenin korunmasını da düzenlemiştir. *Ibid.* Haerberle de, benzer şekilde, Anayasanın bir yandan mülkiyet hakkını korumak isterken, öte yandan mülksüzleştirmeyi istemesini örnek olarak verir. Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 38.

¹⁶⁶⁹ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 113.

hakların içkin sınırlarını temsil edebileceği gerçeğini¹⁶⁷⁰, “gerçeklik” değil, de ancak “iddia” olarak kabul edebiliriz.

Bolz’a göre, bu değerlerin Haeberle tarafından öne sürülen kanuni düzenlemelerle birleştirilmesi, bu değerlerin hukuk sistemine aktarılmasının, yasama organının görevi olduğunu gösterir. “Sınırların içkinliği” (*Schrankenimmanenz*) böyle anlaşıldığında, temel haklar ile yasal sınırlamalar arasındaki ilişkiyi de farklı şekilde yansıtacaktır. Şöyle ki yasal sınırlamalar aslında hakkın doğası gereği özünde olan “kısıtlamalar”ın uygulanmasıdır¹⁶⁷¹.

Anayasal hakların gerçekleştirilmesinde, yasama organına bu kadar büyük bir rol vermek, benimsemediğimiz katı bir olumlu özgürlük anlayışından kaynaklanır. Bolz’un Haeberle’nin teorisine bu kadar olumlu yaklaşmasına şaşırılmamalıdır. Haeberle’nin yasa koyucuya verdiği büyük önemi Bolz da verir; çünkü kendisi de katı bir olumlu özgürlük anlayışından yola çıkar¹⁶⁷². Nitekim yazar, Haeberle’ye atıfla, klasik liberalizmde hakim olan sınırlamalar teorisinin özgürlüğü – “temel hakların bir ölçütü ve içeriği olarak - devletin veya hukuki normların yokluğuyla eşitlediği”, eleştirisini yapar¹⁶⁷³.

d. Haeberle’nin Görüşlerinin Eleştirisi

Öncelikle belirtelim ki Haeberle’nin katı olumlu özgürlük anlayışına yönelik aşağıda yapacağımız eleştiriler, Bolz’a da yöneltilebilir. Haeberle yasa koyucuyu, getirdiği her düzenleme ile temel hakkı güçlendiren, temel hakkı biçim ve içerik açısından düzenleyen bir rolle öne çıkarır¹⁶⁷⁴. Yazar temel hakkın subjektif ve kurumsal yönünün eşit düzeyde olduğunu belirtir. Ancak özgürlüğün somut kullanım biçimlerinin belirlenmesi hususunda yasa koyucuya büyük bir rol vererek, özgürlüğün devletten gelecek tehlikelere karşı korunması boyutunu yeterince ortaya koymaz. Bu teoride temel

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, 113-114.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, 114.

¹⁶⁷² *Ibid.*, 121.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, 239. Sınırlar teorisinin özgürlük ile hukuk arasındaki ilişkiyi, *kısmen* ortaya koyduğunu savunan Bolz’a göre, özgürlük, kanunsuz ve ilk başta sınırsız bir alan olarak anlaşılmadığı takdirde, temel haklara dair mevzuat, “kısıtlama” veya “müdahale” olarak kabul edilmez. Aksine, yasama organı temel hakları farklı bakış açılarıyla ve farklı şekillerde belirlemelidir. *Ibid.*, 241. Biz ne katı bir olumsuz özgürlük anlayışını, ne de katı bir olumlu özgürlük anlayışını kabul etmediğimizi “Anayasal sınırlar” başlığında açıklamıştık.

¹⁶⁷⁴ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 187. Bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 27.

hakkın iki yönü arasındaki belirsiz ilişki bir yana, temel hakkın kurumsal yanı, sübjektif hak yanına baskın gelir¹⁶⁷⁵. Haeberle her ne kadar, yasa koyucunun özgürlüğe müdahalesini mümkün görmese de¹⁶⁷⁶ yasa koyucunun temel haklara dair yapıcı katkısına dair aşırı bir iyimserlik, eserinin bütününe hakimdir¹⁶⁷⁷. Oysa özgür bir demokrasi için “temel hakların tanınmasında, demokrasinin doğasında var olan bir güvensizlik, kamu iktidarının sahibine sağlıklı bir güvensizlik” gerekir¹⁶⁷⁸.

Fazıl Sağlam’ın ifadeleriyle,

“olumsuz özgürlük anlayışından uzaklaşmak ne kadar gerekliyse, bunun bir tepkisi olarak özgürlüğü bir ‘normlar kompleksi’¹⁶⁷⁹, bir ‘hukuki kurum’ düzeyine indirgemek ve hukukun dışında bir özgürlük olamayacağını ileri sürerek ‘hak alanına girme, hak ve özgürlüklerin ihlali’ gibi kavramların eskimişliğini ve gereksizliğini savunmak da o derece tehlikeli ve yanlış olur”¹⁶⁸⁰.

Üstelik Lerche’nin vurguladığı, “belirli bir durumda bu teori (nin) ... yanlış ellere, yani kapalı (totaliter) bir ideolojinin ellerine” geçme düşüncesi¹⁶⁸¹, ayrıca önemli bir tehdiye işaretler. Bu durumda yasa koyucunun özgürlüklerin potansiyel bir düşmanı olduğunu akılda tutmak gerekir¹⁶⁸².

Hatta Haeberle’nin teorisine dayanarak daha ileri giden görüşlerde, yasa koyucunun anayasal hak içeriğini sosyoloji yardımıyla belirlemesi gibi öneriler, hukuki

¹⁶⁷⁵ Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 190. Ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 59.

¹⁶⁷⁶ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 223.

¹⁶⁷⁷ Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 188; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 27. Bkz. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 187 vd. Nieuwland, bu duruma, Haeberle’nin, anayasanın kurucu babalarının dahi aklında olmayan bir “ütopya” çabası içinde olduğu şüphesi ile dikkat çeker. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 57. Özgürlük ile yasanın birbirine karşı gelebileceği gerçeğinin gizlenemeyeceğine dikkat çeken Knies (Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 45) de Haeberle’nin bile bu gerçeği yanlış değerlendirmedeğini, ancak buna rağmen bu yönde bir vurgu olmadığını belirtir: “Yasama meclisine yönelik şüphencilik, Haeberle’nin sistemine yabancıdır.” *Ibid.*, (dp. 107).

¹⁶⁷⁸ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 58.

¹⁶⁷⁹ Özgürlük hakları ile kurumlar arasında temel farklılıklar olduğuna, dolayısıyla bunların aynıymış gibi değerlendirilmeyeceğine dair eleştiri için bkz. Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin: Duncker & Humblot, 2017), 171; Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 54 ve 55.

¹⁶⁸⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 27. Bkz. ayrıca Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 44 vd. Özgürlüğün kurumsallaşmasına dair çok önemli eleştiriler için bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 60-61.

¹⁶⁸¹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 57.

¹⁶⁸² *Ibid.*, 58.

değerler tartışının ve kurumsal yaklaşımın nereye doğru gittiğini açıkça gösterir: “Anayasanın yasallığı”¹⁶⁸³.

“Kurumsal temel haklar anlayışı” ve “müdahale” fikrinden ayrılmak kademeli sınırlama rejimine de aykırıdır¹⁶⁸⁴. Kaldı ki “hak teorilerine ilişkin genel ön değerlendirme” başlığı altında da değindiğimiz gibi, dışsal teorinin en önemli kavramlarından biri olan müdahale kavramı, onu eleştiren dar güvence kapsamı teorisyenleri tarafından dahi, temel haklar hala devlet güdümlü özgürlükler olarak görüldüğünden, başlangıç ve referans noktası olarak ele alınır¹⁶⁸⁵. Çünkü “müdahale”, bireyin özgürlüğünü garanti altına almak için hala ideal bir kavramdır¹⁶⁸⁶.

Hukuki değerler tartışısı teorisinde anayasal haklar “değerler” veya “menfaatler” ya da “genel kanunlar” olarak tanıtılırken bu görüşün karşıtları, temel hakları, savunma haklarının doğduğu özgürlük alanları olarak görürler¹⁶⁸⁷. Carl Schmitt bunu açıkça şu şekilde ifade etmiştir: “Özgürlük hakkı, başka menfaatlerle/değerlerle tartışılabilecek bir hak veya menfaat değildir”¹⁶⁸⁸. Bu nedenle yazar, Smend tarafından temsil edilen (ve Haerberle’ye de yöneltilen) menfaatlerin ağırlıklandırılmasının (tartım), “ifade özgürlüğü menfaatinin mutlak değerini kolayca görelileştirebileceğini”ni iddia etmiştir¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸³ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 65. Belli ki Haerberle, temel hakların, “mutlak” temel hakların korunması olarak anayasal karakterine önemli bir kısım ayırarak eleştirilerden kaçınmaya çalışmıştır. Yazar ısrarla anayasal hakların bu karakteri takip edilirse, görelileştirmeden korkmaya gerek kalmayacağını savunmuştur. Yasamanın anayasa karşısında yetkisinin bir nevi sınırlarına değinen Haerberle, yasamanın normlaştırma yaparken “ikinci anayasa” yaratamayacağını, anayasanın yerine geçemeyeceğini, yani maddi anayasa değişikliği yapamayacağını vurgulamıştır. Temel hakların anayasal olmasının getirdiği sonuç olarak, anayasal olarak gerekçelendirilmeden, yasamanın müdahalesine uğramayacağını belirtmiştir. Kısacası anayasal normlar düzeyinde olarak, anayasanın zaten temel hakları yasama karşısında üst seviyeye çektiğine ve yasamaya karşı koruduğuna dikkat çekmiştir. Neticede Anayasa, kalan mevzuattan ayrı bir şekilde, en yüksek kanundur ve temelde kalıcı bir niteliğe sahip olan en yüksek değer sistemidir. Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 42 vd. Teorik olarak savunulan bu görüşün, pratikte bir iyimserliğe dayandığını, ana metinde açıkladık.

¹⁶⁸⁴ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 55-56.

¹⁶⁸⁵ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 166.

¹⁶⁸⁶ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 55. Bkz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 42 vd. özellikle 46. Bununla bağlantılı olarak, temel hakların, subjektif savunma hakları olarak işlevinin hala anayasal demokratik yapıların korunması için merkezi bir öneme sahip olduğuna dair bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 57.

¹⁶⁸⁷ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 49.

¹⁶⁸⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 167.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

Tartımın ve orantılılığın (ikisi arasında bir fark olup olmadığı sorusu bir yana) anayasal hakların mutlak değerini görelileştirdiği ve anayasal haklara zarar verdiği düşüncesi hala güncelliğini koruyan güçlü bir eleştiridir. Nitekim Haeberle de, başarılı olamasa da, kendi eserinde bu eleştiriyle uğraşmıştır¹⁶⁹⁰. Biz Alexy'nin ilkeler teorisini ele alırken, tüm hakların dengelemeye tabi tutulacak ilkeler olarak görülmesinin sakıncalarına değinmiştik. Yine çalışmanın devamında, çatışma çözüm yöntemi olarak “dengeleme” konusu altında, bu görüşümüze ayrıntılarıyla yer vereceğiz. Bununla beraber, bu eleştiriler dışında, Schmitt'in de görüşünden yola çıkarak anayasal hakların kavranmasına dair bir iki şey söylemek için burası uygun yer olabilir.

Schmitt'e göre temel haklar ilkesi için bu özgürlükten daha önemli bir şey yoktur ve tek sorun, devlet müdahalelerini, yasaları ve idari eylemleri ölçmeyi ve dolayısıyla kontrol etmeyi sağlayacak ölçütü bulmaktır¹⁶⁹¹. Bizce bu görüş de tartışmaya açıktır. Temel hakların negatif-savunma boyutuna odaklanan bu anlayış, hakların pozitif yükümlülükler getiren boyutunu ihmal etmektedir¹⁶⁹². Oysa biz, anayasal hakların yalnızca negatif (savunma) boyutundan ibaret olmadığını ve devlete pozitif yükümlülükler getiren boyutunun da önemli olduğunu, “anayasal hakların işlevi ve etkisi” kısmında ayrıntılarıyla açıklamıştık. Dolayısıyla hakları, ya menfaatlerden ibaret görmek ya da yalnızca savunma haklarının doğduğu alanlar olarak görmek şeklinde iki kutuptan birini kabul etmeye mahkum olduğumuzu düşünmüyoruz.

“Anayasal hak”kın tanımına, çalışmamızın birçok yerinde olduğu gibi burada da yer verelim: Anayasal hak, anayasada güvence altına alınmış menfaatlerdir. Bu nedenle menfaati hakkın tanımından ve kavranmasından dışlamak mümkün görünmemektedir. Ancak bu, hakkın yalnızca değer veya menfaat olarak kabul edileceği anlamına da gelmez. Anayasal hak çatışmalarının yapısını incelerken ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, anayasal haklar sahibine bir statü sağlar. Bu statü verdiğimiz tanımdaki “anayasada

¹⁶⁹⁰ Bkz. bu çalışma dp. 1683.

¹⁶⁹¹ Schmitt, *Verfassungslehre*, 167.

¹⁶⁹² Kurumsal teorinin yoğun olarak eleştirilmesine rağmen, katkı sağladığı ve Sancar'ın deyimiyle, “olumlu puanları” topladığı yer de olumlu özgürlük anlayışıdır. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 187. Benzer yönde Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 57. Bu konuda daha fazla açıklama yapmak yerine şu alıntıyı bırakmak yeterlidir: “Kurumsal teorinin, ...yorum konusunda yapabileceği en önemli etkilerden biri, özgürlüğün sosyalliğine ve maddi şartlarına yaptığı vurguda kaynak bulur. Klasik haklar ile sosyal devlet ilkesi arasından kurulan akılcı köprüyü de, bu bağlama yerleştirmek mümkündür.” Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 187.

güvence altına alınmış” olma kısmının sağladığı statüdür. Öyleyse anayasal haklar için ne yalnızca öznel haklar olma boyutu düşünölmeli, ne de anayasal haklar tek başına nesnel değerlere indirgenmelidir¹⁶⁹³. Bu açıdan bakıldığında, anayasal olarak korunan hukuki menfaatlerin birbiriyle veya diğer hukuki menfaatlerle “doğrudan” ağırlığı reddedilecektir; çünkü gerçekte değerler veya menfaatler, yalnızca normların arkasında durmaktadır¹⁶⁹⁴.

Yeniden Haerberle’nin görüşüne dönersek; temel hakların “genel hükümler” olduğu görüşünün sonucunda, “dolaylı” bir tartıma varılır¹⁶⁹⁵. (Gerek Smend’in gerekse de) Haerberle’nin genel yasalar kaydı bir öncelik ve menfaatlerin tartımı meselesidir. Dolayısıyla bu teoriler, dar kapsam teorileri olarak kabul edilemezler¹⁶⁹⁶. Çünkü bir çıkarım, anayasal hakka eş değer veya ondan daha yüksek değerde olduğunun kabulü için çıkarların ağırlıklandırması gerekir¹⁶⁹⁷. Maddi genellik fikri, tartımdan doğan bir sonuçtur. Bahsedilen eşdeğerlik veya üstünlük ancak *prima facie* olabilir ve tartım (dengeleme) sonucunda, kesin anayasal koruma ortaya konur¹⁶⁹⁸. Nitekim çıkarların tartılmasının önemine vurgu yapan¹⁶⁹⁹ Haerberle’nin içkinlik doktrini, tam da bu düşünceyle geliştirilmiştir¹⁷⁰⁰.

Haerberle, değerler tartımından bahsederken bazı kriterleri öne sürer. Buna göre, anayasal sistemde temel hakların ağırlığını ve sırasını belirleyecek olan hukuki değerler tartısı, anayasal hakların “mutlak” güvenliği ve kurumsal niteliği dikkate alınarak uygulanır¹⁷⁰¹. “Değerler tartımının amacı, anayasal haklarla korunan yaşam alanlarını,

¹⁶⁹³ Asıl vurgusu nesnel değerlerin de önemi olmakla beraber, bunu söyleyen Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 50.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*

¹⁶⁹⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 207.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.* Bu, Haerberle’nin teorisinde örtülü olarak çıkan bir anlam değildir. Ana metinde de belirttiğimiz üzere yazar tartımı açıkça onaylar. Bkz. Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 31 vd. Ayrıca Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 185; Sağlam, *Temel Hakların Sınrlanması ve Özü*, 38. Benzer yönde Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 732. Bu görüşte bir yasa, ancak korunacak yasal çıkar, kısıtlanmış temel haktan daha yüksek bir değere sahipse anayasaldır. Burada uygunluk ve elverişlilik ilkeleri geçerlidir. Bu nedenle, daha yakından incelendiğinde, maddi teorinin, aşırılık yasağı veya menfaatlerin tartılması ilkesi ile en azından kısmen de olsa aynı olduğu ortaya çıkar. Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 732. Bolz, “daha yüksek değer”in, bu içkin sınırların belirlenmesinde değerlerin tartımının ve bununla ilişkili olarak “dengelemenin” önemini ortaya koyduğunu belirtir. Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 108.

¹⁶⁹⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 207.

¹⁶⁹⁹ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 108.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, 108-109. Bkz. Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 31.

¹⁷⁰¹ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 125. Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 1683.

‘kurumlar olarak’ temel hakları, yaşamın diğer alanlarından veya hukuki çıkarlardan ayırmak” ve “öznel kamu hakları olarak temel hakları da sınırlandırmaktır”¹⁷⁰². Ve işte tam bu noktada Haerberle’ye göre, temel hakları sınırlayan yasama organı bu maddi gereklilikleri karşılıyorsa, bireysel durumlarda temel hakkın geride bir şey kalmamacasına “tamamen”¹⁷⁰³ geri çekilmesine izin verilir¹⁷⁰⁴. Bu durum Haerberle’nin bahsettiği temel hakların “mutlak” güvenliği ile tam bir çelişki yaratır.

Örneğin, ataerkil ve belli yönde ahlaki bir görüşün, hakim olduğu bir toplumu düşünelim. Bu toplumda, kadın ve erkek arasındaki eşitlik, bir kurum olarak “evlilik” kurumu çerçevesinde ve kişi özgürlüğü de yine ahlak “tasarımı” çerçevesinde yorumlanırsa, hakların korunması açısından kabul edilemez sonuçlar doğabilir. Zira gerek eşitlik hakkı gerekse de kişi özgürlüğü, bahsettiğimiz toplumda kurumlar lehine “geride hiçbir şey kalmamacasına” sınırlandırılabilir¹⁷⁰⁵. Dolayısıyla burada “kurum”dan ne anlaşıldığı, yasamanın mevcut kurum veya tasarımları nasıl yorumladığı, hakkın korunması açısından önemlidir¹⁷⁰⁶. Haerberle’nin teorisine yöneltilen “iyimserlik” ve yasa koyucuya önemli bir rol verdiği dair eleştiriler, tamamen bununla bağlantılıdır. Aile kurumuna dayanarak kadın-erkek arasında gerçek bir eşitliği sağlayacak ve ahlaka dayanarak kişi özgürlüğüne zarar vermeyecek bir yasa koyucuya inanmak!

Haerberle’nin teorisine olumlu yorumları ile adeta eleştirdiğimiz eksikleri kapatma çabasında olan Bolz’a göre, Haerberle’in genel yasalar kaydına da atıfla belirttiği gibi temel hakların anayasaya “dahil edilmiş” olması, kendi başına bir “kayıt” veya “sınır” oluşturmaz. “Devlet refahı” veya “kamu refahı” gibi soyut anayasal varlıkların oluşumu, içkin sınırlar oluşturmazlar. Aksi takdirde soyutlamaya neden olacak bu durum, temel hakların geçerliliğine ilişkin kararların olması gerektiği gibi denetlenmesini de engelleyecektir¹⁷⁰⁷. Bu nedenle, eşit veya daha yüksek öncelikli hedeflerin hangi temel haklara içkin sınırlar oluşturduğu ancak anayasa düzeyinde belirlenebilir. Anayasanın ulaşmayı amaçladığı hedeflere, yalnızca çıkarların tartılmasıyla bir denge yakalanarak ulaşılabilir. “Temel hakka içkin sınırların, türetilebileceği değerler ve çıkarlar”; yazara

¹⁷⁰² Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 125.

¹⁷⁰³ Vurgu yazara ait.

¹⁷⁰⁴ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 125.

¹⁷⁰⁵ Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 191-192.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, 192.

¹⁷⁰⁷ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 114.

göre “görev, yetki normları, diğer temel haklar, yazılı veya yazılı olmayan anayasal normlar veya temel hakların doğası şeklinde anayasanın kendisi tarafından kapsanmalıdır”¹⁷⁰⁸.

Bolz soyut anayasal hakların getireceği kontrol edilemezlikten kaçınırken, *anayasal hakları* değil de, “türetilecek” *hedefleri* için sınırlar olarak kabul ederek, bizzat kendisi kontrol edilemez soyutluğa yönelmektedir. Hukuk ve ahlak arasındaki bağlantı ne kadar yakın olursa olsun, burada temsil edilen görüşe göre, örneğin, temel hakların etik açıdan için sınırlarının, anayasada asgari bir destek olmadan var olamayacağını¹⁷⁰⁹ ileri süren Bolz, netlik kazandığını düşünürken bizce yanılmaktadır. Örneğin, neden anayasadaki “asgari” destek? Bu “asgari destek” anayasa normlarından zorlama yoluyla türetilebilecek için sınırları önlemede yeterli bir kriter olarak da görünmez.

“Eşit veya daha yüksek öncelikli hedefler” diyerek Haerberle’nin varsaydığı değer hiyerarşisini, Bolz’un da varsaydığı anlaşılmaktadır. Ne var ki anayasal olarak korunmayan ve isteğe bağlı olarak sürülebilecek “daha yüksek hukuki değerler”e öncelik verilmesi ve dolayısıyla anayasanın gölgede bırakılması kabul edilemez¹⁷¹⁰. Bir tartım yapılacaksa, bu ancak normlar hiyerarşisinde eşit düzeyde olan normlar ve onların koruduğu hukuki değerler arasında yapılmak zorundadır. Bu da değer hiyerarşisi hareket noktası alınarak gerçekleştirilecek bir durum değildir¹⁷¹¹. Zaten değer hiyerarşisinin kabul edildiği bir durumda, tartıma gerek kalmayacaktır. Yukarıda ele aldığımız teorilerin en büyük açmazı da burada yatmaktadır. Bir değer varsayımında bulunarak tartımın gerekliliğini öne sürmek, değer hiyerarşisi ile tartım arasındaki ilişkiyi, bu ikisinin birbiriyle nasıl bağdaşacağını yeterince açıklamaz. Genel geçer bir değer düzeni mevcut değilken daha üstün hukuki değerlerin varlığının ve tartımın somut koşullara bağlı olmasının bu çerçevedeki yeri, net bir şekilde ne yazık ki ortaya konmamıştır. Sonraki başlığımızda bu iddialarımızı ayrıntılandıracağız.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, 114-15.

¹⁷¹⁰ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 63. Bkz. ayrıca Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72).

¹⁷¹¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39. Teleolojik yöntemle atfedilebilecek değerler tartımının, ancak anayasal düzeyde kabul edilebileceğine ve bu şekildeki değerler tartımının, sistematik-teleolojik bir yorum formu olduğuna dair bkz. Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 67.

4. Hukuki Değerler Tartısı Eleştirisi ve Anayasal Hakların Çatışması ile İlişkisi

Yukarıda ayrı başlıklarda değindiğimiz üç yazarın görüşleri bağlamında, “hukuki değerler tartısı” öğretisine, bazı belli başlı eleştiriler yöneltilir. Bu eleştirilerden ilki, bu öğretinin anayasanın koruduğu çıkarlar veya değerler arasında bir alt-üst ilişkisi kurarak çatışmayı çözdüğüdür. Bu da bir değerler hiyerarşisi varsayımında bulunmak demektir¹⁷¹². Oysa hiçbir durumda, temel haklar ve diğer anayasal çıkarlarda tanınan “değerlerin”, genel ve görelî sıralaması¹⁷¹³ anayasadan çıkarılamaz¹⁷¹⁴. Bu nedenle temel haklar arasında bir “hiyerarşik değer sistemi” kabul edilemez¹⁷¹⁵.

Çatışan değerleri tartarak birini diğerine üstün tutma yöntemi, “anayasanın bütünlüğü” ilkesini dikkate almaz¹⁷¹⁶. Hesse’ye göre, meydana gelen çatışmalarda, aceleyle “çıkarların tartılması” (*Güterabwägung*) veya soyut “değerlerin tartılması” (*Wertabwägung*) yoluyla haklardan biri, diğerinin pahasına gerçekleştirilmemelidir¹⁷¹⁷. Knies ise Haeberle’yi, “anayasal hukuki çıkarların birbirine karşı rekabete girmemesi gerektiğini”¹⁷¹⁸ ilan ederek, değer tartımı ilkesinin teknikliğini de ortadan kaldırmakla suçlar. Çünkü, uyumlaştırıcı bir uzlaşma formülü olmayan tartım ilkesi, “aksine, ‘çatışan değerleri’, menfaatleri, çıkarları ‘birbirleriyle karşı karşıya’ getirir”¹⁷¹⁹.

Biz bu noktada Knies’in eleştirilerini haksız buluyoruz. Knies’in eleştirdiği bu ilanı, Haeberle, aslında bir yanlış anlaşılmayı en baştan önlemek adına yapar. Haeberle, yarışan (*konkurrierender*) hukuki çıkarların “birbirlerine karşı rekabet içinde olabilecekleri anlamında bir üstünlük ve tabiyet ilişkisi içinde” olmadıklarını, aksine karşılıklı olarak bağımlı oldukları için birbirleriyle ilişki içinde olduklarını belirtir¹⁷²⁰. Bizce Haeberle’nin bu ifadesi, ancak anayasanın bütünlüğü ilkesinin eleştirilebileceği bir

¹⁷¹² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 38.

¹⁷¹³ Böyle bir sıralama olmadan, değer tartımının işleyemeyeceğine dair örneğin bkz. Heinrich Hubmann, “Grundsätze Der Interessenabwägung”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis* 155, no. 2 (1956): 101.

¹⁷¹⁴ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 39-40.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, 39-40 (dp. 77).

¹⁷¹⁶ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, (para. 72); Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 38.

¹⁷¹⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72).

¹⁷¹⁸ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 38.

¹⁷¹⁹ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 41-42 (dp. 88).

¹⁷²⁰ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 38.

güçle eleştirilebilir. Anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir yorum ilkesi olduğunu ve aslında bir ideali yansıttığını belirtmiştik. Dolayısıyla anayasanın bütünlüğünün aslında bir ideale yaklaşmayı amaçladığına dair açıklamalarımız ne kadar yanlışsa, Haeberle'nin bu noktadaki ifadeleri de o kadar yanlış, aksine söylediklerimiz ne kadar doğruysa Haeberle'nin söyledikleri de o kadar doğrudur. Zira hakların birbirleriyle karşılıklı ilişkisi dikkate alınarak, bir bütün halinde yorumlanması, anayasanın bütünlüğü ilkesinin gereğidir.

Bu nedenle, Hesse'nin yukarıda değindiğimiz eleştirileri de dahil olmak üzere hukuki değerler tartışının anayasanın bütünlüğü ilkesine aykırı olduğu eleştirilerine, biz biraz daha şüpheyle yaklaşıyoruz. Görüşlerini açıkladığımız üç yazarın, bir değer hiyerarşisi varsayımından yola çıktıkları ve yukarıda eleştirdiğimiz gibi, bağlantıyı kuramamakla beraber, somut durumda gerçekleştirilmesi gereken bir tartım faaliyetini önerdikleri anlaşılmaktadır. Çalışmamızda anayasa normları arasında şekli bir hiyerarşiyi kabul etmediğimizi belirtmiştik. Bunun da getirdiği en önemli sonuçlardan biri anayasanın bütünlüğü ilkesidir. Dolayısıyla karşı çıktığımız nokta, anayasanın bütünlüğü ilkesinin varlığı ve geçerliği değil, anayasal hak normları arasında bir hiyerarşinin varsayımı ve kabulüdür. Somut durumda yapılacak bir tartım demek, karşı karşıya olan anayasal hakların (bu teorideki gibi değerler diyelim) *in abstracto* bir önceliğini kabul etmez. Somut tartım sonucunda, çatışan iki hakkın birinden faydalanılacağını belirtmek ve dolayısıyla bu hakla onun karşısında olan diğer hakka sınır çizmiş olmak, anayasanın bütünlüğü ilkesine aykırılık oluşturmayabilir.

Anayasal haklar arasında şekli bir hiyerarşiyi reddettiğimizi belirtmiş, bu reddin belli veya somut koşullar altında, bizi zorunlu olarak, bazı hakların diğerlerini önceleyemeyeceği sonucuna götürmeyeceğini not etmiştik. Anayasal hak normlarının *değerler* olarak somutlaştırılmasına¹⁷²¹ şimdilik bir şerh düşerek¹⁷²², belirtelim ki anayasal hak normları arasında bir kademelenmenin mümkün olmayışı, tartım çerçevesinde çatışan temel hakların farklı değerlendirilmesi olanağını ortadan

¹⁷²¹ Burada somutlaştırmayı, tamamen günlük dilde, soyut bir şeyi somut olarak ifade edebilme anlamında kullanıyoruz.

¹⁷²² Burada Knies'in, temel haklar teorisinde, "sistem" teriminde olduğu gibi, "değer" teriminin de sık kullanılmasına rağmen, nadiren tanımlandığına dair vurucu ifadesini, paylaşmak isteriz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 40 (dp. 79).

kaldırılmaz¹⁷²³. Bizce, bu üç yazarın hukuki değerler tartışısının anayasanın bütünlüğüne aykırı yönü, birbirine eşdeğer anayasal hakların yanı sıra *daha üstün* değerlerden de bahsetmeleridir.

Hukuki değerler tartışısı öğretisinin, tartışımın nasıl yapılacağına dair hukuk devletinin gerektirdiği açık ve belirli bir ölçüt sağlamadığı eleştirisine ise tamamıyla katılıyoruz¹⁷²⁴. Her derde deva olarak kabul edilen değerleri/menfaatleri tartma ilkesi, kısır bir döngüsel (*Zirkelschluss*) akıl yürütme¹⁷²⁵ ve ölçütü olmadan “herhangi bir sonuca izin veren paradoksal tez” olmakla eleştirilmiştir¹⁷²⁶. Bu teoride, çatışma, daha yüksek değerli menfaatin uygulanmasıyla sonuçlanacaktır. Daha yüksek değer ise hukuk sisteminin garanti ettiği daha iyi uygulanabilirliği sağlayandır¹⁷²⁷. Bu teori, hukuki değerler tartışısının evrensel ve tartışılmaz bir ilke olarak kabulüyle sonuçlanan, ancak anlamlı içerik yahut kriter sunmayan bir totolojiye dönüşür. “Burada da, içerik yoksunluğundan, genel geçerliliği için bir önkoşul olan boş bir formülden başka bir şey yoktur”¹⁷²⁸. Hukuki değerler tartışısının sağlayabildiği tek içerik, değer çatışmaları durumunda düşük değerın önceliği hak etmediğidir. Temel hak dogmatığı açısından bakarsak bu ilke, temel hakları “değerler” olarak anlayarak fiili metodolojik kararı çoktan vererek sıradanlaşır¹⁷²⁹.

Belirli bir ölçüt bulunmadığında, hukuki değerler tartışısı ve kurumsal yaklaşım, ya yasa koyucunun genel sınırlama yetkisiyle sonuçlanacaktır ki bu da genel bir yasa kaydı anlamına gelir veya dolaylı şekilde genel yargı kaydına dönüşecektir¹⁷³⁰. Oysa yargı, hangi ölçütlere göre, uygulayacağı bilgisine sahip değildir. Dolayısıyla hukuki değerler

¹⁷²³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 6. Bkz. bu çalışma dp. 539.

¹⁷²⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39 (dp. 98), 41; Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 63. Ayrıca bkz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 39. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72); Christian Graf von Pestalozza, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 2, no. 4 (1963): 447; Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 129.

¹⁷²⁵ Pestalozza, “Kritische Bemerkungen”, 448.

¹⁷²⁶ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 63.

¹⁷²⁷ Pestalozza, “Kritische Bemerkungen”, 448. Knies de hukuki değerler tartışısı ilkesinin, aşırı biçimsel ve genel olma özelliğine dikkat çeker ve bunun, bu ilkenin geniş bir şekilde uygulanabilmesi için ödediği yüksek bir bedel olduğunu belirtir. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 38.

¹⁷²⁸ Pestalozza, “Kritische Bemerkungen”, 448. Pestalozza’dan atıfla bu görüşleri benimseyen Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39 (dp. 98). Ayrıca bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 64.

¹⁷²⁹ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 38-39 (dp. 7).

¹⁷³⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39; Pestalozza, “Kritische Bemerkungen”, 448; Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 150. Ayrıca bkz. Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 65.

tartısı ilkesi ile aslında sorun çözülmemiş, yalnızca yeniden konumlandırılmış ve açıklanmıştır¹⁷³¹.

Kısacası, temel hakların kendileriyle eşit veya kendilerinden üstün hukuki değerlerle sınırlanacağı formülünü ortaya koymanın, tek başına bir çözüm ürettiği iddia edilemez¹⁷³². Çatışma halinde, yüksek değer önceliği alacağı normatif ve içerik olarak sorunludur¹⁷³³. Bu şekilde, yalnızca, temel hakka müdahale etmenin anayasanın bütünlüğü ve değer sistemi öne sürülerek genel bir atıfla meşrulaştırılması, kabul edilemez¹⁷³⁴. Lerche'nin deyiimiyle burada, gittikçe artan, temel hakların, kendi biçimsel unsurları görmezden gelinerek, anayasadan türetilmeyen bir menfaatler tartımına sıkıştırılması tehlikesi vardır¹⁷³⁵.

Hukuki değerler tartısı teorisinin bu şekilde eleştirilmesini haklı kılan onun biçimsel niteliğidir¹⁷³⁶. Hem von Hippel hem de Haeberle¹⁷³⁷, değerler tartısının biçimsel niteliğini açıkça ifade etmişlerdir¹⁷³⁸. Haeberle'ye göre, "genel yasalar" kaydı, "anayasanın değerleri ve sıralamalarına" referansta bulunur¹⁷³⁹. Eleştirilen nokta da budur: Biçimsel olan bu yaklaşımda, maddi olarak yalnızca bir bütün olarak anayasaya atıfta bulunur. Üstelik referans yapılan anayasal "değer sistemi" bir şekilde belirlense dahi, hiçbir durumda ispatlanamaz, yani açık bir şekilde somutlaştırılmaz¹⁷⁴⁰. Bu durum, Haeberle'nin teorisindeki genelliğin neden maddi nitelikte kabul edildiğini, ancak

¹⁷³¹ Pestalozza, "Kritische Bemerkungen", 448. Hukuki değerler tartısının yalnızca bir formülasyon olup, soruna bir çözüm üretmediğine dair aynı yönde bkz. Graf, "Die Grenzen der Freiheitsrechte", 63.

¹⁷³² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39.

¹⁷³³ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 38.

¹⁷³⁴ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 17-18; Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 66.

¹⁷³⁵ Lerche, *Überrass und Verfassungsrecht*, 129. Lerche, FAYM'nin 1952 yılındaki bir kararında iki anayasa maddesi (GG m. 21 ile 38) arasındaki "gerilim hali" üzerine ifadesini örnek olarak verir: "Çözüm, ancak belirli bir anayasal soruna karar verirken, hangi ilkenin daha fazla ağırlığa sahip olduğu belirlenecek şekilde bulunabilir." Lerche, *Überrass und Verfassungsrecht*, 129 (dp. 105).

¹⁷³⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 38.

¹⁷³⁷ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 32, 37.

¹⁷³⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39. Aynı yönde Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 18. Haeberle'nin yaklaşımının biçimsel (formal) olması ve buna yönelik eleştiri için bkz. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 62; ayrıca Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 63.

¹⁷³⁹ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 32.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, 31-51 ve özellikle s. 51; Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 62. Ayrıca bkz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 39. Haeberle bu değer düzeninden, değer sıralaması düzenini (*Wertverhältnisordnung*) ve değer ilişkisi düzenini (*Wertverhältnisordnung*) anlar. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 31. Yazar, bu noktada Lüth kararına (BVerfG 7, 198 (215)) atıf yapar. Aynı yere dikkat çeken Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 39 (dp. 75).

teorinin kendisinin neden biçimsel bir teori olarak görüldüğünü anlaşılır kılar. Çünkü her ne kadar maddi bir genellik sunsa da Haeberle'nin teorisi, içeriksel bir ölçüt sunmadığı için biçimsel olarak kalır. Burada, hangi hukuki değerlerin temel haklara eşit veya üstün olduğunun objektif olarak doğrulanabilir bir şekilde tespit edilmesi sorunu açık kalır. Bu tespiti kim, hangi ölçütlere göre yapacaktır?¹⁷⁴¹

Müller'e göre, bu yorumun, safsata (döngüsel kanıtlama) (*petitio principii*) niteliği, "genel yasaların", "anayasa tarafından ilgili temel hakla eşit veya daha büyük bir değere sahip olduğu" tanımlanan yasalar olarak anıldığı yerde teyit edilir¹⁷⁴². Anayasa böyle bir hiyerarşiyi tanısaydı, zaten her şeyin dahil olduğu bir genel kayda ihtiyaç olmazdı¹⁷⁴³. Oysa bizzat Haeberle'nin kendisi, temel hakların ve bunları sınırlayan hukuki çıkarların değerinin, yalnızca anayasal düzeyden belirlenmesi gerekliliğini¹⁷⁴⁴ ifade eder. Bununla beraber, yazarın, anayasanın bütününe atıfta bulunması, temel hakların anayasal düzeyde sınırlandırılmasına imkan tanımaz¹⁷⁴⁵.

Değerler tartısı belirli bir anayasa kuralına dayanmazken, bunun üstüne (Haeberle'nin teorisinde), anayasa kurallarının da ötesinde olan genel yasalar kavramına dayanınca, anayasanın üstünlüğü ilkesine ciddi bir zarar verilmiş olur¹⁷⁴⁶. Örneğin Haeberle'nin teorisinde, "anayasaya uygun genel yasanın temel haklara" sınır çizmesi¹⁷⁴⁷ gibi totolojik bir ifade sorunu vardır. Çünkü temel hakka sınır çizecek genel yasanın bizzat kendisinin, anayasadaki temel haklara uygunluğu gerekir¹⁷⁴⁸. Örneğin Haeberle'ye göre, "anayasaya uygun ceza hukuku da tüm temel hakların böylesine bir genel sınırını oluşturur"¹⁷⁴⁹. Bu cümlelerin totolojik bir ifade biçimi olduğu barizdir. Çünkü anayasaya

¹⁷⁴¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39; Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 129; Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 63.

¹⁷⁴² Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 61.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, 61-62.

¹⁷⁴⁴ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 32.

¹⁷⁴⁵ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 39.

¹⁷⁴⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 38, 39. Ayrıca bkz. Graf, "Die Grenzen der Freiheitsrechte", 51.

¹⁷⁴⁷ Bkz. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 37; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39.

¹⁷⁴⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39. Ayrıca Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 64-65 Böyle bir yaklaşımın, anayasal hakkın normatifliğini ve pozitifliğini göz ardı ettiğine dair eleştiri için bkz. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 18, 61 ve 62.

¹⁷⁴⁹ Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 37.

uygun ceza normları, elbette anayasal hakları uygun olduğu ölçüde sınırlayacaktır. Ancak bu, hangi hükümlerin anayasaya uygun veya aykırı olduğu sorusunu yanıtlamaz¹⁷⁵⁰.

İçkin sınır olarak hukuki değerler tartışını savunan görüşler, FAYM'nin kararlarına dayanmışlardır¹⁷⁵¹. Fakat bu kararların bir bölümü, ya ilgili olaya veya ilgili temel hak maddesine özgü olarak verilmiştir. Örneğin, FAYM düşünce ve basın özgürlüğü açısından karşılıklı etki kuramını geliştirmiştir. Buna göre, genel yasalar ile düşünce ve basın özgürlüğünün, birbirlerini karşılıklı olarak etkileyebileceklerini kabul etmiştir. İlgili özgürlüklerin sınırları, bu özgürlüklerin özgürlükçü demokratik düzen için belirleyici nitelikleri göz önünde tutulacak şekilde bir tartım ile tespit edilir. FAYM'nin burada genel yasalar ile kabul ettiği, Alman Anayasasının 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında, düşünce ve basın özgürlüğü için öngörölmüş nitelikli bir yasa kaydır¹⁷⁵². Bu özgürlük için genel yasalar kavramına başvurulması doğaldır, zira 5'inci maddenin ikinci fıkrasında, düşünce ve basın özgürlüğünün “genel yasaların hükümleri” ile sınırlı oldukları açıkça öngörölmüştür. Bu nedenle de esasen “genel yasalar” kavramına, bu maddeye ilişkili olarak, karşılarız¹⁷⁵³.

Düşünce ve basın özgürlüğü için bir anayasal dayanağı olan genel yasaların, diğer temel haklar için anayasal dayanak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle genel yasalar kaydına dayanan tartımın bu haklar dışındaki haklara yayılması doğru değildir¹⁷⁵⁴. Von Hippel¹⁷⁵⁵ ile Haerberle'nin¹⁷⁵⁶ savunduğunun aksine, FAYM de hukuki değerler tartışı yoluyla tüm temel haklara için bir sınırlama teorisi ilan etmiş değildir¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39.

¹⁷⁵¹ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 34 vd.; Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 35-40; Hippel'in bazı örnekleri T. T. YÜCE tarafından da nakledilmiştir. Bkz. Yüce, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”. Dikkat çeken Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 40.

¹⁷⁵² BVerfGE 7, 198 (208). Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 40.

¹⁷⁵³ Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 732.

¹⁷⁵⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 40. Haerberle'nin “özgürlük ve hukukun karşılıklı ilişkisi” tezi için yeterli pozitif yasal güvencenin olmadığına dair ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 58-59.

¹⁷⁵⁵ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 60.

¹⁷⁵⁶ Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 68

¹⁷⁵⁷ Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 58 ve 61. Aynı yönde Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 41. Bu tür kararların, GG madde 5/2 ile de sınırlı olmadığını, FAYM'nin GG madde 12/1'deki meslek seçme özgürlüğünü kişiliği geliştirme hakkının özel bir ifadesi olarak görüp, genel anlamıyla da madde 2/1 kapsamındaki üçlü sınır temelinde tartıma tabi tuttuğunu belirtelim. *Apothekenurteil* kararında FAYM, madde 12 /1 cümle 2'deki yasayla düzenleme kaydını, madde 12/1 cümle 1'deki meslek seçme özgürlüğüne kadar genişletmiştir. Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 60.

Bununla beraber, belirtmemiz gerekir ki o dönemde FAYM'nin değer tartımına başvurduğu birçok karar vardır¹⁷⁵⁸. Ancak yukarıda belirttiğimizle paralel olarak, Mahkemenin bu konudaki önemli kararı olan *Lüth* kararı gerçekten de ifade özgürlüğünün Anayasanın 5'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki genel yasalarla¹⁷⁵⁹ ilişkisine dairdir.

Federal Anayasa Mahkemesi, *Lüth* kararında, Alman Anayasasının 5'inci maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile ikinci fıkrasında yer alan “genel yasalar” arasında, somut bir değer tartımı yapılması gerektiğini, “koruma konusunda üstün bir iddiası olan bir başkasının çıkarlarını ihlal etmesi durumunda,” ifade özgürlüğünün geri çekilmek zorunda olduğunu, başka bir deyişle, yerini o hakka bırakmak zorunda olduğunu belirtmiştir¹⁷⁶⁰. Dolayısıyla burada, Sağlam'ın da dediği gibi, her anayasal hak için değil, ifade özgürlüğü için gerçekleşmiş bir tartım vardır¹⁷⁶¹.

Lüth kararının yanı sıra Federal Alman Anayasasının karşılıklı etkileşim teorisini uyguladığı bir diğer karar, *Blinkfüer* kararıdır. Kanadoğlu *Blinkfüer*, *Lüth* kararlarının tahlilinden, FAYM'nin, “karşılıklı etki teorisini uygulayarak, temel hak kullanımlarının somut olaydaki gerçekleşme biçimlerine göre kademeli bir düzenini” yarattığı çıkarımında bulunur¹⁷⁶². İlgili kararlarda Mahkeme, bir yandan düşünce özgürlüğü, öte yandan genel yasalarla korunan değerlerin soyut olarak tartıya vurulmasını engellemiş, bunun yolunu kapatmıştır¹⁷⁶³. Tartım öğretisine göre, denetlenen yasanın, genel yasa olarak değerlendirilmesi için önce denetlenen yasayla korunan toplumsal değerlerin üstünlüğünün tespit edilmesi gerekir. Mahkeme iki basamaklı bir denetim öngörür. İlk basamakta, anayasal hakların özel hukuk etkisi uygulanarak genel bir yasa olup olmadığı

Dolayısıyla değerlerin tartımı meselesinde yalnızca GG madde 5/2 değil, madde 2 ve 12/1'e ilişkin açıklamalar ve kararlar da mevcuttur.

¹⁷⁵⁸ 1970 yılından önceki bu kararlar için bkz. Graf, “Die Grenzen der Freiheitsrechte”, 59 (dp. 61).

¹⁷⁵⁹ Mahkeme *Lüth* kararında, tartışmalı “genel yasalar” kavramını nasıl anladığını ortaya koymuştur. Buna göre genel yasaya, “böyle bir görüşü yasaklamayan ve böyle bir görüş ifade edilmesini öngörmeyen” ancak daha çok “herhangi bir özel görüşe bakmaksızın korumayı hak eden hukuki çıkarları korumaya hizmet eden” ve “fikir özgürlüğü faaliyetinden daha üstün olan bir topluluk değerini koruyan” her şey dahildir. BVerfGE 7, 198 (209).

¹⁷⁶⁰ BVerfGE, 7, 198 (210).

¹⁷⁶¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 40.

¹⁷⁶² Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 56.

¹⁷⁶³ *Ibid.*, 55, 56.

araştırılır. İlgili yasanın, genel yasa olduğu belirlendikten sonra, ikinci basamakta sıra tartıma gelir¹⁷⁶⁴.

FAYM'nin karşılıklı etki teorisini geliştirdiği *Lüth* kararı¹⁷⁶⁵, Mahkemenin, somut duruma bağlı değerler tartımı yapısını da geliştirmeye başladığı ilk karar olmuştur¹⁷⁶⁶. Şurası açıktır ki tartım, FAYM'nin içtihatlarıyla beraber geliştirilmeye ve istikrarlı bir şekilde uygulanmaya devam etmiştir. Artık genel yasalarla sınırlı olmayan, diğer temel haklar arasında da gerçekleşen bir metoda dönüşmüştür. Bu konuya çalışmamızın üçüncü bölümünde, dengeleme yöntemini değerlendirirken döneceğiz.

Hukuki değerler tartısına dair teoriler için genel olarak söylemek gerekirse; şimdiye kadar ele aldığımız kadarıyla diyebiliriz ki bu teoriler geçmişte kalan, artık geçerliliği ve etkisi kalmamış, atıl teoriler değildirler. Yeni görüşler, bu teorilerde eleştirdikleri farklı noktalardan yola çıkarak ortaya çıkmışlardır. Temel hakların ilke niteliğine sahip olmalarının (Von Hippel) ve değerlerin tartımının (Haerberle), çalışmamızın devamında karşımıza çıkacak olmaları tesadüf değildir. Özellikle menfaatlerin tartımı meselesi, Alexy'nin ve birçok yazarın güncel olarak savunduğu bir yöntemdir.

Pestalozza menfaatlerin tartımı ilkesini, yine de maddi ölçütlerle doldurulması gereken, bir kabuk olarak nitelemiştir: Bu kabuğun hangi ağırlığa göre tartılacağı, net değildir¹⁷⁶⁷. Fakat yazar, bu maddi ölçütlerin neler olabileceğini bizimle paylaşmamıştır. Yazarın, boş kabuk olarak nitelediği hukuki değerler tartısının içeriğini, Alexy'nin

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, 51.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, 55. Burada karşılıklı etki içinde olan anayasal hak ve genel yasadır. “Temel hak ve genel yasa arasındaki karşılıklı ilişki, temel hakkın geçerlilik gücünün genel yasayla tek taraflı sınırlandırılması anlamında kavranamaz; aksine bir yandan genel yasalar bu temel hakkın özgürlükçü demokratik devlette taşıdığı değer anlamı bilinerek yorumlanmalı ve temel hakkı sınırlandıran etkileri görüldüğünde tekrar sınırlanmalıdır.” BVerfGE 7, 198 (208-209)’dan çeviren *Ibid.*

¹⁷⁶⁶ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 131; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 115. Hatta pratik uyum ilkesini açıklayan Hesse, bu kararda ifade özgürlüğü ile madde 5/2’deki genel yasalar arasında, yanıtıcı bir şekilde “karşılıklı etki”den bahsedildiğini ileri sürer. Yazar, bu kararda ölçülülük ilkesinin, iki değişken büyüklük arasındaki ilişkiyi ifade eden optimizasyon görevini yerine getirmesine dair ilişkinin netleştiğine değinir. İlgili karar, bir yandan ifade özgürlüğünün “orantılı” tahsisi, diğer yandan “genel yasalar” tarafından korunan değerler aracılığıyla uygulanan pratik uyumla ilgilidir. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Bu karardaki “genel yasalar”ın yorumlanmasına ilişkin bir diğer eleştiri ve ilgili çıkarların özel bireysel bir durumda gerekli olduğu ölçüde tartıldığı meselesi için ayrıca bkz. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 150.

¹⁷⁶⁷ Pestalozza, “Kritische Bemerkungen”, 449. Ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 63.

dengeleme yasasının doldurup doldurmadığını ise çalışmamızın devamında inceleyeceğiz. Ancak bundan önce, pratik uyuşum ilkesiyle yeniden karşılaşacağız. Anayasanın bütünlüğü ilkesini değerlendirirken, bu ilkeye dair birkaç temel argümanı ortaya koymuştuk. Pratik uyuşum –çalışmamızın devamında göreceğimiz üzere- Konrad Hesse'nin öne sürdüğü bir kavramdır. Çıkarların veya soyut değerlerin tartılmasında, çatışan haklardan (menfaatler) birinin, diğeri pahasına gerçekleşmesi nedeniyle bu yöntemin anayasanın bütünlüğüne aykırı olduğunu belirten Hesse, çareyi, çalışmamızın devamında tekrar alıntılatacağımız, anayasanın bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği optimizasyon ödevinde bulur:

“Her iki menfaate de öyle bir sınır çizilmeli ki optimal etkilerini koruyabilsinler. Bu nedenle sınır çizme ilgili somut davalarda orantılı olmalıdır: Her iki hukuki değer uyuşumunu kurmak için gerekli olandan daha ileri gidememelidir”¹⁷⁶⁸.

Yukarıdaki alıntı ile formüle edilmiş pratik uyuşum ilkesi de biçimsel bir ilkedir. Ancak “burada yorumcuya gerek anayasanın bütünlüğü ilkesine ve gerekse sistematik yorum ilkelerine uygun bir hedef verilmekte, hukuki değerler tartışımının aksiyomatik değerler hiyerarşisine yer bırakılmamaktadır”¹⁷⁶⁹. Bununla ne kastedildiğini, “Anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali” başlığı altında, ayrıntılarıyla açıklayacağız.

D. KİŞİLİĞİ GELİŞTİRME HAKKINDA YER ALAN SINIRLAMA ÜÇLÜSÜNÜN DİĞER TEMEL HAKLARA TEŞMİLİ

Federal Alman Anayasasının 2'nci maddesinin birinci fıkrasına göre “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.” Toplum kaydı görüşünden sonra, Federal Almanya'da “kişiliği geliştirme hakkı”nı güvence altına alan bu madde, pozitif bir dayanak olarak alınıp içkin sınır öğretisi olarak ileri sürülmüştür¹⁷⁷⁰. Bu öğretisi, 2'nci maddenin birinci fıkrasında yer alan; başkalarının hakları, anayasal düzen ve ahlak yasası¹⁷⁷¹ şeklindeki üç sınırlama nedeninin (sınırlama üçlüsü, *Schrankentrias*)

¹⁷⁶⁸ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72).

¹⁷⁶⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, 40. Bkz. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Nitekim Hesse'nin kendisi, Haeblerle'nin eserine atıfla (Haeblerle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 32) değerlendirmelerin “yalnızca anayasal düzeyde” belirlenmesi şeklinde anlaşılabilir menfaatleri tartma ilkesinin, pratik uyuşum ilkesine yaklaştığını belirtir. *Ibid.* (dp. 21).

¹⁷⁷⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, 41.

¹⁷⁷¹ “Anayasal düzen” ve “ahlak yasası” (*Sittengesetz*) kavramlarına dair bkz. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 56.

diğer tüm hak ve özgürlüklere de teşmil edilerek uygulanması gerektiğini iddia etmiştir¹⁷⁷². Biz de bu başlık altında bu iddiayı tartışacağız¹⁷⁷³.

Bahsettiğimiz iddiayla beraber, temelde iki soru ortaya çıkar. Bunlardan birincisi, 2’nci maddenin birinci fıkrası kapsamındaki kişiliği geliştirme *hakkının*, diğer anayasal haklarla ilişkisinin ne olduğudur. Bununla bağlantılı olarak, kişiliği serbestçe geliştirme hakkının *kapsamının* ne olduğu sorusuyla ve bu anlamda, geniş bir kapsamın mı, yoksa dar bir kapsamın mı kabul edileceğine dair tartışmalarla karşılaşırız. Ele alacağımız ikinci soru, 2’nci maddenin birinci fıkrasında yer alan *sınırlama üçlüsü* ile diğer anayasal haklar arasındaki ilişkinin ne olduğudur. Bu soru, sınırlama üçlüsünün *diğer anayasal haklara da uygulanıp uygulanamayacağı* ve bu kabul edilmezse, tüm özgürlük garantilerinin içkin olarak sınırlandırıldığı, *genel bir yorum ilkesi şeklinde anlaşılıp anlaşılmayacağı*¹⁷⁷⁴ tartışmalarıyla yürütülmektedir¹⁷⁷⁵.

Özellikle maddede yer alan ve kişiliği özgürce geliştirmenin en dış sınırı olarak öngörülen¹⁷⁷⁶ “başkalarının hakları” kavramının, üçüncü kişilerin *çatışan temel haklarını da kapsamı* ve bunları her özgürlüğün kullanılmasının sınırı olarak tanımlaması gerekliliği üzerine farklı görüşler vardır¹⁷⁷⁷. Bu ihtilaflara ilişkin olarak Federal Alman Anayasasının, 2’nci maddenin birinci fıkrasındaki “başkalarının hakları”¹⁷⁷⁸ şeklindeki

¹⁷⁷² Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 103; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 41; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 14. Özellikle 1960’lı yıllarda bu yönde Federal Almanya’nın eyalet mahkemelerinin verdiği farklı kararlar ve bu kararların eleştirisi için bkz. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 57.

¹⁷⁷³ Almanca literatürde çok geniş tartışmalara ve derin analizlere yol açan, madde 2/1’in burada her yönüyle ve hatta yalnızca bir yönüyle dahi kapsamlı olarak ele alınması mümkün değildir. Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, Rn. 12-18, 12. Bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 41. GG madde 2/1’in 1/1 ile bağlantısı da literatürde ayrıca önemli bir tartışma zemini bulmaktadır. Biz bu kısma da değinmeyeceğiz. Bu konuda bkz. Hakların Sınırlanması ve Özü, 41. GG madde 2/1’in 1/1 ile bağlantısı da literatürde ayrıca önemli bir tartışma zemini bulmaktadır. Biz bu kısma da değinmeyeceğiz. Bu konuda bkz. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12-18.

¹⁷⁷⁴ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 36.

¹⁷⁷⁵ Bizce madde 2/1’in üzerinde çokça farklı görüşün ileri sürülmesinin bir nedeni, bu iki ayrı bağlama dair öne sürülen farklı kombinasyonlardır.

¹⁷⁷⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 35-6.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, 36.

¹⁷⁷⁸ Bu kavram FAYM tarafından tanımlanmamıştır. Elbette “başkalarının hakları”, anayasal olarak güvence altına alınmış üçüncü kişilerin hakkını kapsar. FAYM’nin içtihadında “anayasal düzen” kavramı çok kapsamlı ve asli önemde kabul edildiği için “başkalarının hakları” kavramının pratikte bir önemi kalmamıştır. Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 2 Rn. 44. FAYM anayasal düzenden, “anayasaya uygun hukuk düzeni”ni anlar. BVerfGE 6, 32 (37). “Anayasal düzen” sınırı geniş yorumlandığı için “başkalarının hakları” da bu kapsama alınır. Bu kavrama dair ayrıntılı bir tartışma için bkz. Bkz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 90-91. FAYM’nin “anayasal düzeni” geniş şekilde yorumlamasına karşın literatürde bu kavramı daha dar tanımlama girişimleri olmuştur.

kayda hangi işlevi yüklediği, özellikle bunun üçüncü kişilerin temel haklarını da içerip içermediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konuda, genel olarak Anayasanın 2’nci maddesinin birinci fıkrası ile diğer temel haklar arasındaki ilişki belirleyicidir¹⁷⁷⁹. Bu nedenle önce bu ilişkiyi ele alacağız.

1. Kişiliği Geliştirme Hakkı ile Diğer Anayasal Haklar Arasındaki İlişki

Alman hukukunda kişiliği geliştirme hakkı, sübjektif, kapsayan özgürlük (şamil özgürlük, *Auffanggrundrecht*)¹⁷⁸⁰ veya tamamlayıcı hak (*Komplementärrecht*) olarak kabul edilmiştir¹⁷⁸¹. Bu özgürlükle “insan yaşamının anayasada öngörülen diğer temel haklar dışında kalan bölümünü de kapsamak ve eksiksiz bir temel hak güvencesine kavuşturmak” amaçlanmıştır¹⁷⁸². Böylece kişiliği geliştirme hakkı ile anayasadaki diğer haklar arasında bir *lex generalis – lex specialis* ilişkisi kurulmuştur¹⁷⁸³.

Bir eylem, başka bir anayasal hakkın kapsamına giriyorsa *lex specialis derogat legi generali* ilkesi gereği kişiliği geliştirme hakkı geri çekilir, bu hak uygulanır¹⁷⁸⁴. Kişinin kendi isteğine göre icra edeceği herhangi bir eyleminde veya kullandığı izinde, devletin zorlamasına karşı sahip olduğu herhangi bir özgürlük, öncelikle özel temel hakların koruma alanında kalır¹⁷⁸⁵. Bir eylem özel olarak öngörülmüş herhangi bir anayasal hak kapsamına girmediğinde ise kişiliği geliştirme hakkının koruması altında olacaktır¹⁷⁸⁶. Kişiliği geliştirme hakkı, böylece Alman hukukunda, FAYM’nin 1957

Bkz. Berg, *Konkurrenzen*, 66; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 172.

¹⁷⁷⁹ Blaesing, s. 104, 108.

¹⁷⁸⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 41-42; Maunz/Dürig, Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12; Hans Carl Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, içinde *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. IV/2, ed. Karl August Bettermann ve Hans Carl Nipperdey (Berlin: Duncker & Humblot, 1962), 762.

¹⁷⁸¹ Maunz/Dürig, Di Fabio, GG Art. 2 Rn 12, Rn. 15.

¹⁷⁸² Maunz/Dürig, Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12, Rn. 15; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 184 (para. 427); Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 171. Ayrıca Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 111, 112. Hükmün bu işlevi, yedek işlev (*Reservefunktion*) olarak da adlandırılır. Maunz/Dürig, GG Art. 2 Rn. 15.

¹⁷⁸³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42; Rupert Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil)”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 100, no. 1 (1975): 113; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 88. Ayrıca Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 110; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 88 (dp. 160).

¹⁷⁸⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42.

¹⁷⁸⁵ Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12.

¹⁷⁸⁶ BVerfGE 6, 32 (37). Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 88; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42.

yılında verdiği *Elfes* kararında ortaya koyduğu içtihat ve hâkim görüşün benimsediği üzere genel bir eylem özgürlüğü niteliği kazanmıştır¹⁷⁸⁷.

Elfes kararı ile oluşan içtihadı detaylandırmadan önce, kararı kısaca tanıtalım. Siyasetçi olan Wilhelm Elfes, 1950’li yılların başından beri, özellikle savunma politikası ve Doğu-Batı Almanya’nın birleşmesi konularında yurt içi ve yurt dışı konferanslar düzenleyen ve BRD’nin (Bundesrepublik Deutschland, Batı Almanya) (1949-1990) siyasetine aleni şekilde karşı çıkan “Alman Birliği” (*Bund der Deutschen*) lideridir. 1953’te pasaportunun uzatılması için Mönchengladbach pasaport idaresine başvuran Elfes’in başvurusu, iç veya dış güvenliği veya Almanya’nın diğer önemli çıkarlarını tehlikeye attığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ülkeyi terk etme hakkı sınırlanmış olan Elfes, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Alman Anayasasının 11’inci maddesinin birinci fıkrası “Federasyonun topraklarının tamamında” dolaşım özgürlüğünü güvence altına aldığı için, ülkeyi terk etme hakkı, bu madde kapsamında değerlendirilmemiştir. Bu nedenle de geriye, bu hakkın, kişiliği geliştirme hakkının kapsamında değerlendirilip değerlendirmeyeceğini ele almak kalmıştır.

Elfes kararında iki temel soru yanıtlanmıştır. Bunlardan birincisi, ülkeyi terk etmek şeklinde bir anayasal hakkın olup olmadığı, ikincisi ise genel eylem özgürlüğünün koruma kapsamının ne olduğu sorularıdır¹⁷⁸⁸. Anayasa Mahkemesi *Elfes* kararında, Anayasanın 11’inci maddesinin birinci fıkrası ile 2’nci maddesinin birinci fıkrası arasında özellik-genellik ilişkisi kurmuştur. Buna göre, ilki yurt içi seyahati güvence altına alırken, ikincisi yurt dışına seyahati genel eylem özgürlüğü kapsamında güvence altına almaktadır.

Netice itibarıyla Mahkeme, Anayasanın 2’nci maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüş kişiliği geliştirme hakkının, genel bir eylem özgürlüğü anlamına geldiğini ve bu özgürlüğü, anayasal düzene ait olmayan bir yasayla kısıtlanan herkesin, bireysel başvuru hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.

¹⁷⁸⁷ Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung”, 112-113; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12; Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, 758-768.

¹⁷⁸⁸ Prof. Dr. Helmut Aust’un kendi dersi için kullandığı not. Helmut Aust, *Reader, Band 1: Rechtsprechung* (Freie Universität, Berlin Grund- und Menschenrechte Sommersemester 2019), 174.

FAYM'nin (*Elfes* kararıyla) içtihadına yerleşen, kişiliği geliştirme hakkının genel eylem özgürlüğü olarak kapsayıcı nitelikte bir hak şeklindeki yorumu¹⁷⁸⁹, kişinin bir eylemi istediği gibi yapıp yapmaması hakkı olarak anlaşılır¹⁷⁹⁰. Genel eylem özgürlüğü, doğası gereği sınırsız olduğundan, yalnızca Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrası tarafından bile olsa, temelde kapsanmayan hiçbir insan eylemi yoktur¹⁷⁹¹. Güvercinleri beslemek¹⁷⁹², kasksız bir moped kullanmak¹⁷⁹³, aşağıda ayrıntılarına değineceğimiz ormanda ata binmek (*Reiten im Walde*)¹⁷⁹⁴ veya uyuşturucu ile uğraşma ("*Cannabis*")¹⁷⁹⁵ gibi¹⁷⁹⁶ günlük faaliyetler bu özgürlüğün kapsamında kalır¹⁷⁹⁷. Eğer kamu görevlileri bu faaliyetleri sınırlarlarsa, genel özgürlük hakkını sınırlamış olurlar¹⁷⁹⁸. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere kişiliği geliştirme hakkının kapsamını geniş tutan FAYM, dar kavramlardan kaçınmıştır¹⁷⁹⁹. Bunun doğal bir sonucu olarak, Mahkeme bu hakkın sınırlarının da geniş bir şekilde uygulanmasını benimsemiştir. Öyle ki Mahkeme, hukuki prosedürlere uygun olduğu ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı sürece, herhangi bir müdahalenin meşruluğunu kabul etmiştir¹⁸⁰⁰.

Biz de, kişiliği geliştirme hakkının genel eylem özgürlüğü olarak geniş yorumlanması gerektiğini ve bunun hürriyet karanesiyle çok sıkı bir bağlantısı olduğunu düşünüyoruz. Şöyle ki; hakkın "düzenleme yok" anlamına geldiği, şeklindeki katı olumsuz özgürlük anlayışını benimsemediğimizi belirtmiştik. Bununla beraber hürriyet karanesi de dikkate alındığında, yasaklanmadığı sürece her eylemin insan özgürlüğü kapsamına girdiğini de not etmiştik. Kanaatimizce, kişiliği geliştirme özgürlüğü, ayrıca düzenlenmemiş ve açıkça bir anayasa maddesinde yerini alarak anayasal bir hak statüsüne kavuşmamış bütün insan eylemlerini kapsayarak¹⁸⁰¹ bu durumu düzenlemiş, hürriyet

¹⁷⁸⁹ BVerfGE 6, 32, (37). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63; Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 584; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12.

¹⁷⁹⁰ Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 583-84.

¹⁷⁹¹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 184 (para. 427).

¹⁷⁹² BVerfGE 54, 143 (146, 147) (*Taubernfüttern*).

¹⁷⁹³ BVerfGE 59, 275 (279) (*Motorradhelm*).

¹⁷⁹⁴ BVerfGE 80, 137 (152 vd.) (*Reiten im Walde*).

¹⁷⁹⁵ BVerfGE 90, 145 (171) (*Cannabis*).

¹⁷⁹⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63-64. Aynı kararlardan bir kısmına dikkat çeken Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 584. Ayrıca Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", 66-67.

¹⁷⁹⁷ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 105-106; Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 584.

¹⁷⁹⁸ Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 584.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, 583.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, 584; Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", 66.

¹⁸⁰¹ Aynı görüşte Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 111-112.

karinesi ile olumlu özgürlük anlayışı arasında bir denge kurmuştur. Böylece, anayasa koyucu katı bir olumsuz özgürlük anlayışından uzaklaşmıştır. Çünkü böyle bir olumsuz özgürlük anlayışında, anayasal düzenlemenin yokluğu ile özgürlüğün varlığı kabul edilecekken, ilgili madde (2/1) aracılığıyla anayasal düzenleme ile özgürlük sınırları çizilmiş bir temel hak halini alır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, insan eylemlerinin neredeyse sınırsız çeşitlikte olduğu düşünüldüğünde ve anayasanın tüm bunları öngöremeyeceği dikkate alındığında¹⁸⁰², böyle bir hükmün varlık nedeni kendiliğinden ortaya çıkar¹⁸⁰³. Maddede öngörülen sınırlama üçlüsüyle anayasa koyucu adeta kişinin, hürriyet karinesinden gelen bu sınırsız özgürlüğünü “pozitiflemiştir” veya “pozitifleştirme gücünü” elinde tutmuştur. Bir yandan Anayasada özel olarak güvence altına alınmış bir hakkın ya yasa kayıtsız ya da yalnızca yasa kaydıyla sınırlama imkanının öngörüldüğü; öte yandan 2’nci maddenin birinci fıkrasında yer alan “ahlaka aykırılık”, “anayasal düzen” gibi çok geniş yorumlanabilecek ve herhangi bir eylemi de genişçe sınırlama imkanı verecek kavramlar ile “başkalarının hakları” kavramı göz önünde tutulduğunda, ne demek istediğimiz anlaşılacaktır.

Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, kişiliği geliştirme hakkının isimsiz özgürlüklerle doğrudan bir bağlantısı vardır. Özel bir anayasal hak kapsamına sokamayacağımız, yani herhangi bir anayasal hakkın düzenleme alanına girmeyen özgürlükler “isimsiz özgürlükler” (sayılmamış hürriyetler, *unbenanntes Freiheitsrechte*, *Innominätrechte*), 2’nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girer¹⁸⁰⁴. Peki, yukarıda değindiğimiz ata binmek, kasksız moped kullanmak, parkta güvercin beslemek gibi eylemlerin anayasal hak oldukları söylenebilir mi? Biz bu konuda, ilgili eylemin kamu otoriteleri ile karşılaşması noktasına dair bir tespit yapmak istiyoruz.

¹⁸⁰² Maunz, Dürig ve Di Fabio, bunu güzel bir cümleyle ortaya koymuşlardır: “Koruma alanında ilgili temel hak sahibi dışında herhangi bir kişi tarafından tematik olarak önceden belirlenemeyen bu temel hakkı yaratmak, özellikle madde 1/1 açısından madde 2/1’in görevidir.” Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 13.

¹⁸⁰³ Bu maddenin taslak hali de görüşümüzü destekler niteliktedir: “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmeyecek olanı yapmakta ve yapmamakta özgürdür ve (kimse) anayasal düzeni veya ahlaki yasayı ihlal etmez.” Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 13.

¹⁸⁰⁴ Bkz. ayrıca Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 172, 282. Genel davranış özgürlüğü olarak madde 2/1’in isimsiz haklar için önemli bir tamamlayıcı işleve sahip olmasına dair Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 21.

Hukuk sistemince yasaklanmadığı için özgürlük kapsamında kabul edilen her eylem, bizce kamu gücü ile karşılaştığı noktada, kişiliği geliştirme hakkının kapsamında yer almasıyla beraber, sübjektif kamusal hak niteliği alır¹⁸⁰⁵. Böylelikle anayasal hak sayesinde anayasal şikayet mekanizması devreye girebilir¹⁸⁰⁶. Köpek vergisi kanunları¹⁸⁰⁷, ruhsat düzenlemeleri¹⁸⁰⁸, araba paylaşım acentelerinin yasaklanması¹⁸⁰⁹, her şey “kişiliğin özgür gelişimi” meselesi haline gelebilecektir¹⁸¹⁰.

Örnek olarak, 1989 yılındaki “Ormanda At Sürme” (*Reiten im Wald*) kararına bakalım¹⁸¹¹. Bu başvuruda anayasa şikayetinin konusu, Federal Orman Yasasının, ormanlarda yalnızca belli yollarda ve işaretlenmiş patikalarda ata binmeye izin veren hükmünün, Anayasanın 2’nci maddesinin birinci fıkrasına uygunluğudur. Neticede reddedilen bu başvuruya konu olan, başvurucuların ormanda atla serbestçe dolaşma haklarıdır. FAYM, bu eylemi “kişiliği serbestçe geliştirme hakkı” kapsamında ve dolayısıyla Anayasanın koruması altında kabul etmiştir. Bu nedenle de bu hakkın sınırlanmasında Anayasanın öngördüğü şartlara uyulmasını aramıştır¹⁸¹².

1994 yılındaki *Cannabis* kararında ise FAYM, kenevir kullanımıyla bağlantılı bir cezaya dair bireysel başvuruyu, Anayasanın 2’nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirmiş ve başvuruyu ancak *esastan* reddetmiştir¹⁸¹³. Mahkeme bu kararda, açıkça, 2’nci maddenin birinci fıkrasındaki göre sınırlamaların, uyuşturucu ile uğraşma konusunda da dikkate alınabileceğini ifade etmiş ve kenevir ürünlerinin yasa dışı olarak

¹⁸⁰⁵ Hesse, FAYM’nin içtihadıyla beraber, madde 2/1’in genel hareket özgürlüğü olarak kapsamının sonucu olarak kamu otoritesinin suçlayıcı her yasa dışı eylemine karşı anayasal şikayete başvurulabileceğini belirtir. Böylece yetki düzenlemeleri (*Kompetenzvorschriften*) gibi objektif anayasa hukukunun ihlalinin, temel hak ihlali haline gelebilir. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 184 (para. 427). Bizce Hesse’nin bu açıklamaları da bizim söylediklerimizi teyit eder niteliktedir. Ayrıca, GG madde 2/1’in kişiliği geliştirme hakkını açıkça güvence altına alması, madde 1/3’te “takip eden anayasal haklar” (“aşağıda belirtilen temel haklar”) denmesi ve 2/1’deki başlığın “anayasal hak olması” (“*Persönliche Freiheitsrechte*”) da, bu hakkın sübjektif anayasal hak olduğunu gösterir. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 20. Bu hükmün normatif yapısının, diğer haklardan daha az belirsiz olmadığına dair Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 21.

¹⁸⁰⁶ Bkz. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 184 (para. 427). Ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 24.

¹⁸⁰⁷ BVerfGE 7, 89 (92) (*Hamburgisches Hundesteuergesetz*).

¹⁸⁰⁸ BVerfGE 10, 55 (59) (*Elterliche Gewalt*).

¹⁸⁰⁹ BVerfGE 17, 306 (313 vd.) (*Mitfahrzentrale*).

¹⁸¹⁰ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 184 (para. 427).

¹⁸¹¹ Aynı örneğe dikkat çeken Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 174.

¹⁸¹² BVerfGE 80, 137.

¹⁸¹³ BVerfGE 90, 145.

işlenmesinin cezalandırılmasını, buna göre değerlendirmiştir. Mahkeme, Narkotik Yasasının, kenevir ürünlerinin, başkalarını tehlikeye atmayan şekilde ve sadece kişisel tüketim için küçük miktarlarda hazırlanmasını cezai yaptırıma bağlayan hükmünü, Anayasaya aykırı bulmamıştır. Çünkü ilgili organlara, bazı hususları hesaba katarak, cezai kovuşturma yapmama ve ceza vermeme yetkileri yasal olarak tanınmıştır.

Alman Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasındaki genel hareket özgürlüğüne başvurarak¹⁸¹⁴, anayasal olarak korunan faaliyetleri kapsamlı şekilde genişletmiş olması, koruma alanı sınırlamaları sorununun Alman hukukunda daha yoğun tartışılmasının temel nedeni olmuştur¹⁸¹⁵. *Elfes* kararıyla beraber gelen bu içtihad¹⁸¹⁶, koruma kapsamına yönelik daha dar bir yorumu savunanlar tarafından eleştiriler¹⁸¹⁷ yöneltilmiştir. *Elfes* kararının tarihsel önemi teslim edilmekle beraber¹⁸¹⁸, bu içtihatla bir anayasal devletin yalnızca temel haklarla değil, aynı zamanda genel hukuk düzeniyle de gerçekleştirilebileceği görüşünü engelleyen temel haklar argümanının enflasyonuna yol açtığına işaret edilmiştir¹⁸¹⁹. Ayrıca bu içtihat, “temel yönleriyle bireyin bütünlüğünü, özerkliğini ve iletişimini” koruyan haklar olarak diğer haklardan ayrılan

¹⁸¹⁴ FAYM'nin genel hareket özgürlüğü içtihadına itirazlar yöneltilmiştir. Bu itirazlar için bkz. Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung”. Bu yazarlar bir yandan, özellikle anayasal haklarla korunan diğer alanlarla karşılaştırıldığında, “sistemik olarak aşırı değer” korumasına yol açan şekilde her türlü insan faaliyetinin temel hakkın korunması alanına sınırsız olarak dahil edilmesine karşıdır. *Ibid.*, 82-83. Öte yandan, koruma alanının genişletilmesiyle bağlantılı geniş kısıtlama olasılığı nedeniyle anayasal hak korunmasının içinin boşaltılmasına (*leeflaufen lassen*) karşıdırlar. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 183-184 (para. 426). Ayrıca bkz. Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung”, 83; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 172. Hesse bu nedenle kişiliği geliştirme hakkının içeriğine dair kısıtlayıcı bir yorumdan yanadır. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 184-185 (428). Hesse'nin bu itirazına karşı, FAYM her hâlükârda tüm kamusal otoritelerin etkilerine karşı “dokunulmaz insan özgürlüğünün son alanı”nın madde 2/1'in öz içeriği (*Wesensgehalt*) (GG madde 19/2) için gerekli olduğuna işaret ederek karşı koyar. (BVerfGE 6, 32 (40, 41). Biz bu düşüncenin ayrıntılarına ve hakkın çekirdeği (*Kern*) tartışmalarına hiç girmeyeceğiz. Bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 71.

¹⁸¹⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63.

¹⁸¹⁶ Tüm eleştirilere rağmen FAYM'nin bu karardaki ilkelere bağlı kalması ve temel haklara dayalı yorumuna dair bkz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 87. Bu yöndeki birçok karar için bkz. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 87 (dp. 155).

¹⁸¹⁷ Ayrıca bkz. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 12.

¹⁸¹⁸ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 67.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, 67-68.

temel hakların¹⁸²⁰ “sıradanlaştırılması”¹⁸²¹ tehlikesine yönelik korkuyla da eleştirilmiştir¹⁸²².

Bahsettiğimiz eleştirilere rağmen, bizce, kişiliği geliştirme hakkı kavram olarak dar yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda ilgili koruma, yalnızca ahlaki bir kişilik olarak insanın ideal veya kültürel bir çekirdek alanında gelişme özgürlüğü ile sınırlı tutulamaz¹⁸²³. Alman Anayasasının 2’nci maddesinin birinci fıkrası, kişiliğin özgürce gelişmesiyle birlikte kişinin, kendisini kendi iradesine göre tasarlamasını korur¹⁸²⁴. Bu anlamda kişiliğin insanın kendini gerçekleştirme bir hedefe; mekânsal, zamansal veya nesnel olarak belirli gereksinimlere bağlı değildir¹⁸²⁵. Örneğin, yoğun nüfuslu bir şehirde güvercin beslemenin¹⁸²⁶, onları besleyen kişinin kişiliği için bir şekilde anlamlı bir faaliyet olup olmadığına, öncelikle temel hak sahibi tarafından karar verilir. Ancak, devletin bu özgürlüğün kısıtlanması için makul gerekçeler sunabilmesi halinde, 2’nci maddesinin birinci fıkrasına göre¹⁸²⁷, anayasaya uygun olarak bu faaliyet kısıtlanabilir¹⁸²⁸.

Kişiliği geliştirme hakkının kapsamına neyin girip girmeyeceği konusunda ilk sözü söyleyecek olan, eylemi icra eden hak sahibidir¹⁸²⁹. Özellikle de başka bir anayasal

¹⁸²⁰ Sondervotum Grimm, BVerfGE 80, 137 (164). Dikkat çeken Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 67.

¹⁸²¹ Sondervotum Grimm, BVerfGE 80, 137 (168). Grimm, “Ormanda ata binmek” kararında “bireyin kişisel gelişimi ormanda ata binme olasılığına bağlı değildir” demiştir. Sondervotum Grimm, BVerfGE 80, 164 (170). Ayrıca Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 14.

¹⁸²² Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 14.

¹⁸²³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 104-105. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 13. “Temel kişilik (kişilik çekirdeği) teorisi” (*Persönlichkeitskerntheorie*) olarak bilinen bu görüş, bu şekilde tanımlanan özgürlük hakkının kapsamı hakkında herhangi bir açıklama sunamaz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 105. Bu teoriye yönelik ayrıntılı eleştiriler için Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 105 vd. Ayrıca bkz. Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 187-188.

¹⁸²⁴ Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 13.

¹⁸²⁵ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 105.

¹⁸²⁶ Maunz/Dürig/Di Fabio’nun değindiği bu örneğe, çok benzer şekilde, Kahl da dikkat çeker: “Güvercinleri beslemek Karlsruhe’deki (FAYM’nin bulunduğu yer) bir hakim için farklı değerlendirilebilecekken, bu etkinliğin önemi her gün parka giden bekar yaşlı bir adam tarafından çok farklı bir şekilde değerlendirilebilir.” Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 185.

¹⁸²⁷ Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezerember 2015, GG Art. 2 Rn. 37-38, Rn. 37.

¹⁸²⁸ Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 14.

¹⁸²⁹ Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 15. Yazarlara göre “buna ek olarak, kişilik gelişimiyle ilgili davranış ile bunlarla ilgili olmayan başka bir davranış arasında daha dar yorumlama yaklaşımlarının savunucuları tarafından tercih edilen bir ayırımın, genelleştirilebilir bir şekilde veya rasyonel kriterlere göre yapılması zor olacaktır.” Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 15.

hakkın kapsamına girmemekle beraber, örneğin halka açık yerlerde sigara içmek veya esrar tüketimi gibi¹⁸³⁰ mevcut tartışmadaki yeni konular için 2'nci maddenin birinci fıkrasının sağladığı teminat, özellikle önemlidir¹⁸³¹. Dolayısıyla bizce FAYM'nin içtihadı bu anlamda doğrudur. Şüphe durumunda, temel hak sahibinin kendi değerlendirmesi dikkate alınmalıdır¹⁸³². Bu görüş kabul edilmeyip de bununla bağlantılı olarak koruma alanının hâkim eliyle sınırlandırılması kabul edilirse, temel hakların korunmasında boşluk riski ortaya çıkacaktır¹⁸³³.

Özel olarak öngörülmüş temel hakkın kapsamadığı davranışlar için Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasının uygulanamaması, temel hakların korunmasında kısmi bir kayıp ile sonuçlanır¹⁸³⁴. Kişi, şikayette bulunma yetkisinin olmaması nedeniyle, bu maddenin koruması dışında kalan durumlarda, anayasal denetim (anayasal şikayet- GG madde 93/1-4a) olanağını kaybeder. Ayrıca, kabul edilebilirliği artık basit yasal öznel-kamusal hakların varlığına bağlı olduğundan ve hukuki koruma arayan kişinin menfaatlerinin anayasal temeli olmadığından, idari süreçteki hukuki konumu önemli ölçüde zayıflar¹⁸³⁵.

Lex specialis ilkesinin sonucu olarak kişiliği geliştirme hakkı ile diğer anayasal haklar arasında yalnızca ilgili eylemin altlanması anlamında, bir genellik-özellik ilişkisi vardır. Bir eylemin anayasada öngörülmüş bir maddede güvence altına alındığının, yani özel bir temel hakkın tematik olarak mevcut olduğunun tespit edilmesiyle (Alman Anayasası madde 4 ve devamında düzenlenen özel özgürlük haklarının pozitifleştirilmesi) beraber, 2'nci maddenin birinci fıkrası tamamen devreden çıkar¹⁸³⁶. Ancak bu formül tek başına sorunları çözmez. Bu formülün altında, 2'nci maddenin

¹⁸³⁰ BVerfGE 90, 145 (171).

¹⁸³¹ Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 17.

¹⁸³² Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 185. Yalnızca böyle bir yorum, Anayasanın açık görüşlü insan tasarımı (*offenen Menschenbild*) karşılayabilir. Buna göre, "birey, herhangi bir ideolojiyle değil, aynı zamanda herhangi bir (örneğin eğitilmiş, orta sınıf) ön-anlayışla değil, kendi görüşüne göre kendi belirlediği bir şekilde kendini geliştirebilir. Konunun niteliğine ve bireyin özerkliğine saygı ve özgürlük muhafızlığının (*Freiheitsrichtertum*) reddedilmesiyle GG madde 1/1 fıkrasına dayanan temel kararlar, yargıcın eliyle nesnel koruma alanlarını *a priori* kısaltan bir doktrin ile çatışmaya meyilli olmalıdır." *Ibid.* Bununla bağlantılı olarak insan onuru ve özerklik ilişkisine dair bkz. *Ibid.*, 184-85.

¹⁸³³ *Ibid.*, 185.

¹⁸³⁴ *Ibid.*, 186-187. Ayrıca Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 72-73.

¹⁸³⁵ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 187.

¹⁸³⁶ Bkz. Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 104, 110-111; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 88.

birinci fıkrasının ikincil, kapsayıcı hak olmasının, nereye kadar uzanacağı gibi önemli bir soru yatmaktadır¹⁸³⁷.

Yukarıdaki sorunun yanıtı isimsiz haklar ile bağlantılıdır. İsimsiz haklar, 2'nci maddenin birinci fıkrasının kapsamına girer dedik. Peki, anayasada “isim” bulmuş haklar kısmen tanımlanmışsa?¹⁸³⁸ *Lex specialis* ilkesinin bir karışıklık yaratıp yaratmayacağı bu tür durumlarda önemli hale gelir. Bu, anayasanın sağladığı koruma alanının sınırlandırılması nedeniyle çoğunlukla haklı olarak reddedilir¹⁸³⁹. Kanaatimizce burada anayasanın ilgili hakkı “sınırlı” mı, yoksa “kısmen” mi tanıdığına dikkat edilmelidir.

“Anayasal sınırlar” başlığı altında açıkladığımız üzere anayasal sınır, hakkı, sınırlarını belirleyerek ortaya koyar. Dolayısıyla artık “ismi” konmuş ilgili anayasal hak için bu sınırları, kişiliği geliştirme hakkına başvurarak aşmak mümkün olamaz. Örneğin, (Cumhurbaşkanı olarak) seçilme hakkı yalnızca vatandaşlara tanınmışken, yabancıların da kişiliği geliştirme hakkı bağlamında bu hakkı talep etmeleri, hem anayasanın genel norm sistemine¹⁸⁴⁰ hem 2'nci maddenin birinci fıkrası ile diğer anayasal haklar arasındaki ilişkiye, hem de böyle bir hakkı yalnızca vatandaşlarına vermek isteyen anayasa koyucunun iradesine aykırı olacaktır¹⁸⁴¹. Bu noktada, 2'nci maddenin birinci fıkrasının zaten çok geniş sınırlama imkânları tanıdığı ve arada koruma yönünden hala ciddi bir farkın korunduğu iddiası da yerinde değildir. Çünkü anayasal düzen, başkalarının hakkı veya ahlaka aykırılık sebepleri her zaman bir eylemi kısıtlanma imkanı vermeyebilir.

Bir başka örnek olarak Alman Anayasasının 11'inci maddesinin birinci fıkrasını ele alalım. Bu maddeye göre, “Bütün Almanlar, Federasyonun topraklarının tamamında dolaşım özgürlüğüne sahiptir.” Görüldüğü üzere burada “dolaşım”, yani seyahat özgürlüğü korunmuştur. Ancak bu özgürlük “yurt içi” olmak üzere kısmen

¹⁸³⁷ Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 2 Rn. Rn. 28-35, 28.

¹⁸³⁸ Kahl, bizim vurgulamak istediğimiz noktayı biraz daha farklı açıklamıştır. Buna göre, aslında madde 2/1'deki sınırlara diğer anayasal haklar için uygulanıp uygulanamayacağı, düzenleme alanına girip koruma alanına girmeyen davranışlar için bu maddenin ikincil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorusuyla ilgilidir. Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgesamt”, 185-186.

¹⁸³⁹ *Ibid.*, 186.

¹⁸⁴⁰ “Ayrıca tarihsel olarak amaçlanan, boşlukları dolduran kapsayıcı hak işlevinden aşırı yararlanmış olur.” *Ibid.*, 188.

¹⁸⁴¹ Bu konu için özellikle Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 28-35. Yazarlar, bu bağlamda bizim gibi “kısmen” veya “sınırlı” ayrımına değil, siyasi bağ yani vatandaşlığa özgü hak olup olmaması kriterine odaklanırlar. GG madde 8/1 ve yabancılar meselesi için bkz. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 34.

düzenlenmiştir. Burada anayasal hakkın “sınırlı” değil, “kısmen” doğması söz konusudur. 11’inci maddenin birinci fıkrasının ifadesinden yola çıkılarak, artık, yurt dışına seyahat etme hakkı iddia edilemez. Ancak aynı durum 2’nci maddenin birinci fıkrasına başvurulamayacağı anlamına da gelmez. Dolayısıyla *Elfes* kararında, bu iki madde arasında özellik-genellik ilişkisi kurularak, yurt dışına seyahat özgürlüğünün kişiliği serbestçe geliştirme hakkının kapsamında kabul edilmesi yerinde olmuştur.

Bir başka örnekten, “anayasal sınırlar” bağlamında karşımıza çok sık çıkan toplanma özgürlüğünden yola çıkalım. Bu maddede “Bütün Almanlar”ın “silahsız” olarak toplanma hakkına sahip olduklarından bahsedilir. Bizce, hakkı “sınırlı” veya “kısmen” tanıma ayrımı için bu hüküm idealdir. Toplanma özgürlüğü “silahsız” olmakla sınırlı olarak tanınmıştır. Örneğin, silahlı toplantılar 8’inci madde kapsamında dışlanmışken artık genel hareket özgürlüğüne (madde 2/1) başvurulamaz¹⁸⁴². Öyleyse 2’nci maddenin birinci fıkrası, Anayasanın bir hakkı güvence altına alırken çizdiği sınırlar dışında kalan, yani yasakladığı kullanımlara başvurmak için bir zemin olarak kullanılamaz¹⁸⁴³. Ancak aynı maddedeki “Alman”lar ifadesi farklılık arz eder. Tam bu noktada hakkı “kısmen” tanıma durumu vardır. Burada 8’inci madde hakkın öznesi bakımından *dar*¹⁸⁴⁴ bir alanı – Almanlar- içerdiği için özellik-genellik ilişkisi kurulur. Bu durum, yabancıların, toplanma şeklinde bir eylem için kişiliği geliştirme hakkına başvurabileceği anlamına gelir¹⁸⁴⁵. Aynı şey Almanlar için öngörülmüş olan meslek özgürlüğünün düzenlendiği Anayasanın 12’nci maddesinin birinci fıkrası için de ileri sürülebilir. Bu fıkraya göre, Alman anayasa hukuku alanındaki en sıkı koşulları karşılaması gereken mesleğe erişim engelleri, sadece 2’nci maddenin birinci fıkrasının basit koruma standardı kullanılarak, yabancılar açısından kontrol edilebilir¹⁸⁴⁶.

FAYM *Elfes* kararında, 12’nci maddenin birinci fıkrasının, özel olarak garanti edilmiş özgürlüklerin yanında bağımsız temel bir hak olarak durduğunu ve bu özellikle garanti edilen özgürlükler için bu maddenin değil, sadece ilgili anayasal hakkın kendi

¹⁸⁴² Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 110-111. Aynı yönde ve bu konu için özellikle Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 28-35, özellikle Rn. 30.

¹⁸⁴³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 112.

¹⁸⁴⁴ Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 102.

¹⁸⁴⁵ Bkz. ayrıca Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 33 ve Rn. 34.

¹⁸⁴⁶ BVerfGE 78, 179 (196-197) (*Heilpraktikergesetz*). Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 34. Bu konuda herhangi bir ayırım yapmayan Blaesing aksini düşünür. Bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 110-111.

sınırlamalarının kullanıldığını varsaymıştır¹⁸⁴⁷. Ancak Mahkemenin konumu henüz tam olarak net değildir. FAYM'nin bu anlamda kendi öncülleriyle tutarlı olmadığı, özel norm ile genel normu yan yana uyguladığı kararları da vardır¹⁸⁴⁸.

FAYM bazı durumlarda, örneğin mahkeme salonunda yayın yapma durumunda Anayasanın 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının¹⁸⁴⁹ reddedilmesinden sonra veya otoyol ablukası durumunda, Anayasanın 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (toplama özgürlüğü) reddedilmesinden sonra, 2'nci maddenin birinci fıkrasının, kapsama işlevine başvurur. Diğer yandan çoğu kararda, özel bir temel özgürlük hakkının güvence içeriği reddedildikten sonra, genel özgürlük hakkına başvurulmaz¹⁸⁵⁰. Bu, örneğin, kanıtlanmış veya kasıtlı olarak doğru olmayan gerçeklerin 5'inci maddenin birinci fıkrası dışında tutulmasına, mülke zarar veren müzik ve dans etkinliklerinin 5'inci maddenin üçüncü fıkrası dışında tutulmasına ilişkin içtihat için geçerlidir. Yine müzik ve dans etkinliklerini toplantı özgürlüklerinin (madde 8/1) dışında bırakmak; karalayıcı olmayan, devletin bir mezhebe dair tarafsız ve aşağılayıcı olmayan görüşlerine karşı korumayı din, vicdan ve inanç özgürlüğünün (madde 4/1 ve 4/2) dışında tutmak veya rekabete katılan piyasa katılımcılarının meslek özgürlüğü (madde 12/1, birinci cümle) korumasından yararlanmasını reddetmek Mahkemenin bu yöndeki kararlarıdır¹⁸⁵¹. Mahkemenin bu kararlarını dar güvence alanı teorisini açıklarken ayrıntılandıracağız. Ancak şimdilik, Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrası ile diğer anayasal hak normları arasındaki ilişkiye dair bu başlığı, bu konuda FAYM'nin kimi kararlarında olduğu gibi literatürde de tutarsız değerlendirmelerin yapıldığını belirterek noktalayalım¹⁸⁵².

2. Kişiliği Geliştirme Hakkında Yer Alan Sınırlama Üçlüsü ile Diğer Anayasal Haklar Arasındaki İlişki

Kişiliği geliştirme hakkı ile diğer anayasal haklar arasındaki ilişkiyi ortaya koyduğumuz için sınırlama üçlüsünün diğer anayasal haklara yansıyor yansımayacağını

¹⁸⁴⁷ BVerfGE 6, 32 (38 vd.). Böckenförde, "Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet", 33-34.

¹⁸⁴⁸ Scholz, "Das Grundrecht der freien Entfaltung", 114.

¹⁸⁴⁹ 15'inci madde, düşünce ve basın özgürlüğü ile sanat ve bilim özgürlüğünü düzenlemektedir.

¹⁸⁵⁰ Bu kararlar için bkz. Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 186 (dp. 115).

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, 186.

¹⁸⁵² *Ibid.*

yanıtlamak daha kolay olacaktır. Öncelikle Alman anayasa hukukunda, bu konuda ileri sürülmüş bazı görüşleri ele alalım.

Alman hukukunda artık kabul görmeyen bir öğretilerde, kişiliği geliştirme hakkı “diğer bütün temel hakların anası” (*Muttergrundrecht*, “*Mutter*”-*Freiheitsrecht*) olarak görülerek¹⁸⁵³ kendisine daha üstün bir değer tanınmıştır¹⁸⁵⁴. Bu şekilde, yani yukarıda değindiğimiz birinci ilişki açısından bir üstünlük ilişkisinin kabul edilmesiyle, diğer temel hakların da bu sınırlama üçlüsüyle birlikte doğdukları, dolayısıyla Alman Anayasasının 2’nci maddesinin birinci fıkrasının tüm haklara doğrudan teşmil edilebileceği sonucu beraberinde gelmiştir¹⁸⁵⁵. Bu görüş, Federal Alman Anayasasının ilk zamanlarında eyalet idare mahkemelerinde de benimsenmiştir¹⁸⁵⁶. Ancak nihayetinde, Federal İdare Mahkemesinin sonraki kararlarında, bu özgürlüğü ana özgürlük olarak reddetmesi ve sınırlama üçlüsünün sadece kişiliği geliştirme hakkıyla sınırlı olarak uygulamasıyla bu görüş sönmüştür¹⁸⁵⁷.

Federal İdare Mahkemesinin bu dönüşü yerinde olmuştur, çünkü her şeyden önemlisi yukarıda göstermeye çalıştığımız gibi kişiliği geliştirme hakkını bir “üst” hak olarak kabul ettirebilecek bir yoruma imkan yoktur. Ayrıca “anayasal düzen”¹⁸⁵⁸ sınırı başta olmak üzere, sınırlama üçlüsünün geniş anlamli bir şekilde yorumlanması, hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği açıklık, belirginlik, öngörülebilirlik gibi unsurların karşılanamaması anlamında ciddi sorunlar yaratır¹⁸⁵⁹. Üstelik bu teorinin kabul edilmesi, anayasada yasa kaydı içeren ve içermeyen hakları aynı sınırlama üçlüsüne tabi kılmayı getirerek, anayasa koyucunun bu hükümler arasında yarattığı farkı geçersiz kılar¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42.

¹⁸⁵⁴ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 12; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42; Berg, *Konkurrenzen*, 65.

¹⁸⁵⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42. Bu maddedeki üçlü sınırlamayı yalnızca kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının değil, ancak her temel hak ve özgürlüğün için sınırı olarak kabul eden Turhan Tufan Yüce, doğrudan bu kabulden yola çıkar. Yazar bu konuda bir tartışma yürütmez. Yüce, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, 650.

¹⁸⁵⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 42.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*

¹⁸⁵⁸ *Elfes* kararında FAYM’nin madde 2/1’deki sınırlama üçlüsünün temel sınırlar olarak kullanılması ve buradaki “anayasal düzen”in, “anayasa uygun hukuk düzeni” şeklindeki yorumunun eleştirisi için bkz. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 57; Böckenförde, “Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebiet”, 172.

¹⁸⁵⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 45-47; Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 730. Bu görüşlere kısmen Gören de değinmiştir. Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, 107-108.

¹⁸⁶⁰ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 91; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 14; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 111. Ayrıca bu hakkın diğer haklardan farkının olmaması

Ancak yine de sınırlama üçlüsü ile diğer haklar arasında ilişki kurmaya çalışan yazarlar olmuştur. Bunlardan biri Günter Dürig'dir.

Sınırlama üçlüsünün diğer temel haklara uygulanarak sınırlama sistematığının aynı düzeye indirgenmesini reddeden Dürig'e göre, kademelendirilmiş sınırlama olanaklarının dikkate alınması gereklidir¹⁸⁶¹. Sınırsız temel hak düşüncesini reddeden ve her hakkın, ancak temel sınırlar içinde kullanılabileceğini savunan yazar, sınırlama üçlüsünü tüm temel haklar için geçerli olacak içkin sınırların bulunmasına yardımcı bir yorum ilkesi olarak önermiştir¹⁸⁶². Bunun sonucunda da yazar sınırlama üçlüsünün, kişiliği geliştirme hakkı ve onun kapsamında yer alan isimsiz haklar için geniş, diğer temel hakların içkin sınırlarının tespitinde dar yorumlanması şeklinde düalist bir yorum getirmiştir. Ancak bu yorum anayasal bir dayanağı olmayan genel yasa kaydına yol açar¹⁸⁶³. Üstelik yazarın önerdiği gibi bir ayrımı haklı kılacak pozitif bir temel yoktur¹⁸⁶⁴.

Sınırlama üçlüsünün diğer anayasal haklara teşmili konusundaki bir diğer tutum, 2'nci maddenin birinci fıkrasının ayrı bir subjektif hak sunmadığından¹⁸⁶⁵ hareketle sınırlama üçlüsüne, genel bir yasa kaydımış gibi diğer temel hak ve özgürlüklere doğrudan bağlayıcılık kazandırmaktır¹⁸⁶⁶. Bu hükmün temel hak niteliğini reddedip diğer anayasal haklarla arasında *lex generalis-lex specialis* ilişkisini dikkate alan, ancak sınırlama üçlüsünün tüm haklar için değil, yalnızca yasa kaydı öngörülmemiş haklar için uygulanabileceği şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür¹⁸⁶⁷. Bu görüşlerin de kabul edilmesi mümkün değildir. Alman Anayasasının 2'nci maddesinin birinci fıkrasının “genel bir toplum kaydı” olarak yorumlanması, bu hükmün bağımsız bir temel hak (subjektif bir hak anlamında) olmadığı, sadece “özgürlük hakkına yol gösterici ilke”

nedeniyle “ana” özgürlük düşüncesinin reddi için bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 6; Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung”, 114. Eleştiriler için ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 22-24.

¹⁸⁶¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 43-44. Dürig'in sınırlama üçlüsünü içkin sınır olarak değerlendirmedeğini not edelim. Yazar bu noktada, sınırlar teorisini, yani müdahale ve müdahalenin haklılaştırılması aşamalarını kabul etmektedir. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 37-38.

¹⁸⁶² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 44; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 29-30.

¹⁸⁶³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 44-46; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 38-39.

¹⁸⁶⁴ Dürig'in teorisindeki zayıf noktalar (belirsizlik ve tutarsızlık gibi) ve eleştiriler için ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 35-39.

¹⁸⁶⁵ Ayrıca bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 108.

¹⁸⁶⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 43.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.* (dp. 116). Ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 27.

(*Freiheitsrechtsleitsatz*) ve bu nedenle salt bir yorum kuralı olduğu varsayımına dayanır. Bu yorum FAYM'nin *Elfes* içtihadıyla¹⁸⁶⁸ ve bu doğrultuda bizim ileri sürdüklerimizle bağdaşmaz.

Aynı eleştiriler, 2'nci maddenin birinci fıkrasını sübjektif temel hak olarak kabul edip sınırlama üçlüsünü diğer (yasa kaydı öngörölmüş veya öngörölmemiş) temel haklara *lex generalis-lex specialis* ilişkisini dikkate alarak yansıtan diğer görüşler için de geçerlidir¹⁸⁶⁹. Çünkü bu hak ile diğer anayasal haklar arasındaki ilişki yani *lex generalis-lex specialis* ilkesi, maddedeki sınırların diğer temel haklara doğrudan uzatılmasına engel olur¹⁸⁷⁰. Nasıl ki özel hak kapsamına girmeyen eylem bu madde kapsamında ve bu sınırlarla korunur¹⁸⁷¹, özel hak kapsamına giren eylemler de yalnızca ilgili maddedeki sebeplerce sınırlanabilir. Bu anlamda *lex specialis* ilkesine sonuna kadar sadık kalmak gerekir¹⁸⁷². Aksi yönde davranmak, temel hak ve özgürlükler aleyhine bir yorum üretmenin dışında, hem pozitif dayanaktan yoksun hem de tutarsız yaklaşımlar ortaya çıkaracaktır¹⁸⁷³.

Tüm açıklamalarımız dikkate alındığında görülecektir ki sınırlama üçlüsü yalnızca kişiliği geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilebilecek (kısmen düzenlenmenin dışında kalanlar da dâhil olmak üzere) isimsiz özgürlükler için geçerli olacaktır¹⁸⁷⁴. Bu, 2'nci maddenin birinci fıkrasının niteliği ve kapsayıcı bir hak olarak doğrudan gerektirdiği bir sonuçtur. *Lex specialis* ilişkisi, 2'nci maddenin birinci fıkrasının şart cümlesinin (*soweit cümlesi*)¹⁸⁷⁵ tüm temel haklar için geçerli bir “genel toplum kaydı” olarak yorumlanmasını engeller¹⁸⁷⁶. Bu nedenle madde 2/1 sınırlama sorununa¹⁸⁷⁷ ve

¹⁸⁶⁸ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 90. Ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 20.

¹⁸⁶⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 43. Bu görüşü savunan örneğin Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, 766.

¹⁸⁷⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 104, 112.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, 110-111.

¹⁸⁷² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 43. Aynı yönde BVerfGE 30, 173 (192).

¹⁸⁷³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 45-47. Ayrıca Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, 107-108.

¹⁸⁷⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 43.

¹⁸⁷⁵ GG madde 2/1'deki cümle Almanca literatürde yaygın olarak “*Soweit-satz*” yani “-dikça,-dikçe cümlesi” (şartlı cümle) olarak da adlandırılır. Bununla kastedilen bu üçlü sınırlar ihlal edilmedikçe kişiliği geliştirme hakkının tanındığıdır.

¹⁸⁷⁶ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 89.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, 89-90.

bununla bağlantılı olarak da çatışma sorununa çözüm üretemez¹⁸⁷⁸. Kaldı ki bu maddeye doğrudan bir atıf ile çatışmanın çözümü, büyük oranda temel alınan noktaya bağlı olan rastgele bir sonuca yol açacaktır¹⁸⁷⁹. Yalnızca kişiliği geliştirme hakkı açısından bakıldığında, *başkalarının* özel olarak Anayasada öngörülmüş *haklarının* bu hakka sınır olduğu tartışma götürmez. Oysa özel bir maddede düzenlenmediği için 2’nci maddenin birinci fıkrasının kapsamına girecek iki hak arasında veya ikisi de anayasada özel olarak öngörülmüş anayasal haklar arasında 2’nci maddenin birinci fıkrasına başvurmak işe yaramayacaktır.

2’nci maddenin birinci fıkrasına dair yaptığımız bu açıklamalar, elbette bu maddede yer alan “başkalarının hakkı” sınırı için de geçerlidir. Zaten bu sınır diğer anayasal haklar için uygulanabilecek, altı sağlam olarak doldurulmuş bir gerekçe olabilseydi, Alman anayasa hukuku literatüründe anayasal hakların çatışması ve yasa kaydı öngörülmemiş hakların sınırlandırılması üzerine geniş bir literatür oluşmazdı. Üstelik bizce sınırlama kaydı olmayan haklar için 2’nci maddenin birinci fıkrasını genel bir sınırlama kaydı haline getirmek, haklar açısından boşluksuz bir sistemi oluşturmayı amaçlayan bu hükmün, bu amaca aykırı bir şekilde “müdahaleler” açısından da “boşluksuz” bir sistem yaratmasına yol açacaktır.

Tüm bunlarla beraber, sınırlama üçlüsünün diğer anayasal haklara dolaylı bir teşmili veya yorum aracı olarak kullanılması mümkün mü, sorusu sorulmaya devam edilmiştir. 2’nci maddenin birinci fıkrasının açık ifadesinden, “başkalarının hakları” kaydının yalnızca bu maddede yer alan kişiliği serbestçe geliştirme hakkına özgülediğinin görmezden gelinemeyeceği¹⁸⁸⁰ kabul edilmekle beraber, bu hükmün diğer

¹⁸⁷⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 36.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.* Blaesing özellikle Knies’e işaret eder. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 94. Burada Blaesing’in vurguladığı, “başkalarının hakkı” şeklinde ortaya çıkacak olan hak (“sınır çizen”) ve bu hak nedeniyle sınırını burada bulacak olan yani “sınırı çizilecek” (yahut sınırını bulacak) olan hakkı ayırmaya dair sorundur. Hakkın kötüye kullanımı meselesinde, anayasal hakların çatışmasında “müdahale eden/saldıran” ve “tehlike altında olan” şeklinde çatışan hakları nitelendirmenin pek mümkün olmadığına değinmiştik. Bkz. “Alman anayasa hukukunda hakkın kötüye kullanımı yasağı” başlığı. Ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 100. Burada da bir nevi kastedilen “sınır çizen” ve “sınırı belirlenen” hak olarak ayırım yapmanın mümkün olmadığıdır. Yazar yine de bu hükme yapılan atıfları, bu hükümdeki anayasa kavramı, anayasal hak kullanımlarının mutlak olmadığını ve üçüncü tarafların çatışan (temel) haklarına bakılmaksızın kesinlikle kullanılmasına izin verilmeyeceğini ifade ettiği sürece değerli görür. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 36-37. Ancak bu hükümdeki “anayasa” kavramına bu şekilde değer atfedilmesini, biz zorlama bir yorum olarak görüyoruz.

¹⁸⁸⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 103-104.

haklara yansıma imkanı araştırılmaya devam edilmiştir. Bu yöndeki bir görüşü, aşağıda önce özetleyip, sonrasında kendi kanaatimizi paylaşacağız.

Bahsettiğimiz görüşe göre, *lex specialis derogat legi generali* ilkesi, 2'nci maddenin birinci fıkrasının, üçüncü şahısların bireysel haklarından farklı olarak genel anayasal özgürlük anlayışının bir ifade olarak görülmesini ve diğer özgürlük haklarının yorumlanmasında (dolaylı olarak) kullanılmasını dışlamaz. Bu, 2'nci maddenin birinci fıkrasının subjektif bir temel hak olarak ele alınmadığı, ancak nesnel bir “özgürlük hakkına yol gösterici ilkesi” (*Freiheitsrechtsleitsatz*) işlevi gördüğü anlamına gelir¹⁸⁸¹.

Her şeyden önce bir boşluk kapatıcı olarak düşünülen “genel eylem özgürlüğü”, böylelikle, bir yandan belirli bireysel özgürlükleri anlamak için ipuçları içeren ve diğer yandan herhangi bir özgürlük uygulamasının genel (yazılı olmayan) sınırları hakkında bilgi sağlayan nesnel bir özgürlük ilkesi olarak idealize edilir¹⁸⁸². Bu görüş destek olarak 2'nci maddenin birinci fıkrasının yapısının, böyle bir varsayımına izin verdiğine dayanır. Kişiliği geliştirme hakkı, kişinin kendini geliştirmesine dair tüm alanı kapsar. Aynı şekilde, bu fıkranın şart cümlesi, düzenli bir sosyal toplumsal yaşamı sürdürmek için korunması gerekli olan ve ayrıca Anayasada “başkalarının temel hakları” veya “anayasal düzen” şeklinde ortaya konan tüm hukuki menfaatleri tanımlamaktadır¹⁸⁸³.

Özetlediğimiz görüşün *çatışmayla bağlantısını* irdelersek; iki temel hak çatışırsa, özgürlük garantisi olarak her temel hakkın doğasında bulunan ve zıt korumaların dikkate alınmasına izin veren yazılı olmayan sınırlar belirlenmelidir¹⁸⁸⁴. Bir yorum ilkesi olan 2'nci maddenin birinci fıkrası, herhangi bir yasal çekinceye tabi olmayan özgürlük hakları söz konusu olduğunda bile bu sınırlamaları meşrulaştırır¹⁸⁸⁵. Üçüncü şahısların temel haklarını güçlendirdiği ölçüde, bu fıkranın şart cümlesinin sistematik olarak genişletilmesi neredeyse bir zorunluluktur. Bir bireyin sahip olduğu özgürlük, başka bir

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, 112-113. Tabii ki burada subjektif hak niteliği ortadan kalkmaz. *Ibid.*, 113 (dp. 1).

¹⁸⁸² *Ibid.*, 113.

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, 115. Dürig'e göre madde 2/1'deki şartlı cümledeki unsurların anlamları, diğer temel kanunların sınırlar sisteminin yorumlanmasına yardımcı olabilmelidir. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 17.

¹⁸⁸⁵ Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, 767; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 115.

bireyin aynı hakkının başlangıç noktasıdır. Bu anlamda, madde 2/1'deki “başkalarının hakları”, *tüm* temel hakların “yasal-mantıksal olarak içkin” bir sınırını tanımlar¹⁸⁸⁶.

İlgili görüşe göre, FAYM, 2'nci maddenin birinci fıkrasının şartlı cümlesine yorumlayıcı bir kılavuz olarak başvurmayı reddederse¹⁸⁸⁷ ve “*lex specialis*” ilkesini gerekçe olarak öne sürerse, bu maddeye doğrudan atıf ile bunun sübjektif bir özgürlük hakkı ilkesi olarak anlamı arasındaki farkları yanlış değerlendirecektir¹⁸⁸⁸. Bu hükümdeki sınırlama üçlüsünün diğer temel haklara doğrudan genişletilmesi, her bir özgürlük kullanımının başka bir özgürlük hakkına zıt olduğu durumlarda sona ermesine neden olur. Oysa “özgürlük hakkına yol gösterici ilke”, yalnızca başkalarının çatışan temel haklarına izin verildiğini gösterir¹⁸⁸⁹. Buna göre, bir çatışma durumunda bu içkin sınırın somutlaştırılıp somutlaştırılmayacağı ve ne ölçüde somutlaştırılacağı, anayasanın genel sistemindeki zıt korumaların önemine ve konumuna bağlıdır¹⁸⁹⁰. 2'nci maddenin birinci fıkrasının şartlı cümlesi, böyle bir bilgiyi içermez. Bu nedenle de temel kademelendirilmiş sınırlar sistemine dair bir endişeye gerek yoktur¹⁸⁹¹.

Alman Anayasasının 2'nci maddenin birinci fıkrasını, sübjektif hak olarak ele almanın yanı sıra diğer hakların yorumlanmasında bir özgürlük hakkı ilkesi olarak kabul eden bu görüşe göre, FAYM'nin bu dolaylı başvuruyu reddetmesi, sürekli olarak başvurduğu “anayasanın bütünlüğü” ilkesinin aksiyomatik temelini de reddetmesi anlamına gelir. FAYM'ye göre, anayasal düzenlemelerin normatif bağlamı dikkate alınarak, çatışan temel haklar yorum yoluyla sınırlandırılmalıdır. Mahkemenin bu görüşünün dayanağı ise 2'nci maddenin birinci fıkrasında geçen anayasal değerlerdir. Dolayısıyla gerekçelendirme farklı olmakla birlikte sonuç aynıdır. Federal Anayasa Mahkemesi, bireysel hükümlerden ziyade genel bir bakış açısıyla içkin temel hak

¹⁸⁸⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 115. Maunz/Dürig/Di Fabio'ya göre anayasal düzenin uygulanmasında geri çekilse de (bkz. bu çalışma dp. 1778), “başkalarının hakları”, “her zaman her özgürlükte içkin olan bir sınırlamanın temel göstergesi olmaya devam eder. Bu nedenle, bu kısıtlama sadece Anayasa madde 2/1'in değil, tüm özgürlüklerin doğasında mevcuttur.” Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 17.

¹⁸⁸⁷ Örneğin BVerfGE 30, 173 (192,193).

¹⁸⁸⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 115.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, 115-116. “GG madde 2/1 kapsamındaki genel özgürlük güvencesi, nihayetinde insan hakları kavramının tarihsel özüne ait olan ve zaten doğal mülahazalara dayanan, bireyin özgürlüğünün ancak özgürlüğün diğeri zarar görmeden güvence altına alınacağına dair genel düşüncüyü ifade eder.” Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 44.

¹⁸⁹⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 116.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

sınırlarını geliştirirken, literatür 2'nci maddenin birinci fıkrasının şartlı cümlesini referans göstererek, maddeyi yorum için bir kılavuz olarak sunar¹⁸⁹². Bunun da yalnızca “anayasaya sadık” olmanın yanı sıra, “anayasa metnine sadık” bir görüş olduğu iddia edilir¹⁸⁹³.

Yukarıda özetlediğimiz görüş, kısacası, bize, “2'nci maddenin birinci fıkrasındaki sınırları doğrudan başka anayasal haklara uygulama; ancak bunları anayasal hakların çatışmasında başkalarının haklarının içkin sınır olarak kabul edilmesini meşrulaştıran bir zemin olarak yorumla”, demektir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Görüşün ifade ettiği şekilde, FAYM'nin anayasanın bütünlüğünden yola çıkarak yaptığı yorum bizce en doğrusudur.

Anayasanın bütünlüğü ilkesinin yorumundan, çatışan hakların birbirine sınır çizdiğini yukarıda birkaç yerde ifade ettik. Aşağıda ise ayrıntılı olarak “çatışmadan doğan sınırlılık” haline değineceğiz ve burada dayandığımız zemin yine anayasanın bütünlüğü olacaktır. Her türlü durumda *lex specialis* ilkesine sonuna kadar sadık kalınmalıdır. Örneğin ilgili eylem eğer sanat eylemi olarak adlandırılabiliriyorsa artık bunun için Alman Anayasasının 5'inci maddesi uygulanacak ve bu sanat özgürlüğünün maddi anlamda aslında bir kişiliği geliştirme hakkı olduğu¹⁸⁹⁴ unutulacaktır. Burada, artık 2'nci maddenin birinci fıkrasının mevzubahis olması, hakkın kapsamı için söz konusu olmadığı gibi üçlü sınırların teşmili için de söz konusu olamaz. Kaldı ki özellikle “başkalarının hakkı” sınırı için böyle bir yorum ilkesi kabul edildiğinde, geniş bir şekilde yorumlanan “anayasal düzen” sınırı da diğer anayasal haklar için bir yorum ilkesi olarak kullanılacak ve buna dolaylı olarak başvurulacak mıdır? Bu sorunun cevabı hayırsa tam bir tutarsızlık, cevabı evet ise –bahsettiğimiz tüm diğer sorunların yanında- anayasal hakların korumasını oldukça zayıflatmak, demektir.

Tüm açıklamalarımızı tek bir cümle ile özetlememiz gerekirse; gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak kabul edilsin, literatürde, bir anlamda da çatışan temel hakların

¹⁸⁹² *Ibid.*

¹⁸⁹³ *Ibid.*

¹⁸⁹⁴ “Maddi anlamda kişiliği serbestçe geliştirme hakkının uygulama vakıaları olan diğer anayasal haklar, genel hareket özgürlüğünden ayrıldıkları ve özellikle bunların altını çizdikleri ölçüde özel haklar olarak kabul edilmelidirler (din, ifade, meslek özgürlüğü vs. gibi).” *Ibid.*, 109.

karşılıklı sınırlamalarını dogmatik olarak güvence altına almaya yönelik bir girişim olan, GG madde 2/1'deki üçlü sınırların teşmili iddiası, başarısızlığa mahkûmdur.

3. Ara Değerlendirme

Şimdiye kadar değindiğimiz içkin sınır teorilerinin temel amacı, tüm haklar için geçerli sınırlar bulmak olmuştur. Ancak bu teorilerde, temel hakların kendilerine özgü normatif yapıları yeterince dikkate alınmamış ve pozitif hukuk açısından yeterince temellendirilmeyen argümanlar üretilmiştir¹⁸⁹⁵. Bu nedenle de bu teoriler, hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği belirlilik, hesaplanabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerini sağlayamamışlardır¹⁸⁹⁶. Hatta temel haklara içkin sınır düşüncesi “Truva atı”¹⁸⁹⁷ ve “özgürlük üzerindeki anayasaya aykırı kısıtlamalar için bir sızma noktası”¹⁸⁹⁸ olarak adlandırılmıştır.

Varacağı sonuç büyük olasılıkla “devlet” veya “toplum” kaydı olacak genel bir içkin sınır bulma çabası, bu sınır nedeniyle her temel hak ve hürriyetin sınırlandırılabilmesi tehlikesini de taşır. Bu da ancak “bütün hak ve hürriyetlerin devletin veya toplumun bekasıyla sınırlı olduğu” düşüncesinin hakim olduğu otoriter bir hukuk sisteminde savunulabilir¹⁸⁹⁹.

Değindiğimiz içkin sınır teorileri, pozitif dayanaklarını bulamamış olsalar da, sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklara dair uygulamada yadsınamayacak bir gereksinimin varlığına da işaret etmişlerdir¹⁹⁰⁰. Bu da süregelen arayışların sebebini açıklar. Örneğin, bu öğretilerin sakıncalarını¹⁹⁰¹ giderebilmek amacıyla, Friedrich Müller'in öncülük ettiği, temel hakların nesnel (objektif) sınırlılığı öğretisi geliştirilmiştir¹⁹⁰². Bir sonraki başlığımızda bunu ayrıntılarıyla ortaya koyacağız.

¹⁸⁹⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 46.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*

¹⁸⁹⁷ Hartmut Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG (Berlin: Duncker & Humblot, 1967), 35'ten aktaran Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 6.

¹⁸⁹⁸ Franz-Cluistoph Zeitler, “Immanente Grundrechtsschranken oder Normenkonkordanz?”, *BayVBl* (1971), 417'den aktaran Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 6-7.

¹⁸⁹⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 214.

¹⁹⁰⁰ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 47.

¹⁹⁰¹ İçkin sınırlar teorisine ana metinde değindiklerimiz dışında genel bir değerlendirme ve eleştiri için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 46-47; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 214-216.

¹⁹⁰² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 47; Atakan, “Friedrich Müller'in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, 3.

E. FRIEDRICH MÜLLER'İN NESNEL (OBJEKTİF) SINIRLAR TEORİSİ: HUKUKİ NİTELİK KAYDI VE ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI İLE İLİŞKİSİ

Müller'in teorisini açıklamaya geçmeden önce, buraya bir not düşmek isteriz. Yazarın teorisi Türk hukukunda içkin sınırların sakıncalarını gidermek için ona alternatif bir başka teori olarak tanımlanıp, nesnel sınırlılık teorisi olarak adeta içkin sınır teorilerine zıt duruyormuş gibi lanse edilmektedir. Oysa Müller'in teorisinin de içkin sınırlar öğretisinin bir versiyonu olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Onun teorisinin, diğer içkin sınır teorilerinden farkı, tüm temel haklar için geçerli içkin sınırları reddedip, norm alanı (koruma nesnesi) analiziyle, tekil anayasal hakların (içkin) kapsamını bulmaya çalışmasıdır¹⁹⁰³.

1. Müller'in Nesnel Sınırlar Teorisi

Türk hukuk literatüründe, nesnel sınırlar teorisi olarak ele alınan Müller'in teorisi, “dar kapsam teorileri” altında incelenir¹⁹⁰⁴. Dar kapsam teorilerini yukarıda genel olarak açıklamıştık. Bu teoriler, koruma alanının sınırlarını farklı kriterlerden yola çıkarak çizerler. Müller de sınır çizme kriteri olarak, anayasal hakkın hukuki niteliğine başvurmuştur¹⁹⁰⁵. Müller'in bu teorisini incelemeyen önce yazarın, – Fazıl Sağlam'ın

¹⁹⁰³ Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 105. Müller'in teorisinin (FAYM'nin değerler tartımı teorisiyle beraber) koşulsuz olarak içkin teori olarak sınıflandırılmayacağını kabul etmekle beraber, bunun da klasik içkin sınırlar öğretisine paralel olduğuna dair ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 13. Dolayısıyla bu teori de konu olarak içkinlik doktrini alanına yerleştirilmelidir. *Ibid.*, 13-14.

¹⁹⁰⁴ Müller, anayasal hakkın hukuksal niteliğini, sınır çizme kriteri olarak kullandığı için olsa gerek Céline Martin teorii bu kriterle adlandırır. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 32, 41-42. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59. Müller'in nesnel (maddi) kapsam teorisinin, dar bir kapsam anlayışı olduğuna dair aynı yönde Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203. Zaten Alexy, ana metinde ayrıntılarıyla yer vereceğimiz üzere Müller'in bu teorisini eleştirmektedir. *Ibid.*, 202-206. Bu teorii eleştiren bir diğer yazar ise Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 105 vd. Müller'in teorisinin “nesnel (objektif) sınır” teorisi olarak aktarımı için Türkçe kaynaklar olsa da, bunların dayandığı ana kaynak için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, 130-131. Kanadoğlu, Müller'in teorisini çok kısa şekilde ele almıştır. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 12. Arda Atakan ise Müller'in teorisine dair açıklamaların çok büyük bir oranını Alexy'nin kitabından aktarımla yapmıştır. Atakan, “Friedrich Müller'in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”. Sanırım ki Atakan, bir anlam kaybı olmaması adına “sachlich” kelimesine çalışmasında her defasında “maddi (nesnel, özdeksel)” olarak çevirmiştir. Alexy'nin kitabından yararlanan Atakan, *material*'i bu şekilde çevirmeyi uygun görmüştür. Biz ise “nesnel” veya “objektif” kelimelerini Türk hukukuna böyle yerleştiği için kullansak da, maddi (özdeksel) (*sachlichen Reichweite, material extent*) kelimelerinin, anlamı daha iyi karşıladığını düşünüyoruz.

¹⁹⁰⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59-60; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 202.

tanıtmasıyla beraber Türk hukuk literatürüne de damgasını vurmuş- norm teorisini açıklayalım.

Müller'in anayasal hak kapsam teorisinin dayandığı norm teorisine¹⁹⁰⁶ göre, norm, kendi metninde belli bir program içeren ve içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modeli olarak kabul edilir. Normun metni ve sözü ile ilgili veriler norm programını (*Normprogramm*), yani hukuki buyruğu oluşturur. Norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü nesnel veri ise normun nesnel alanını oluşturur¹⁹⁰⁷.

Müller'e göre hiçbir anayasal hak, sınırlar olmaksızın garanti edilemez. Bu, her hakkın hukuki niteliğinden (*Rechtsqualität*) kaynaklanan kendine özgü için sınırlara sahip (*immanenten Beschränkung*) olmasının sonucudur¹⁹⁰⁸. Yazar, “anayasal hakların hukuki nitelik kaydını” (*Vorbehalt der Rechtsqualität der Grundrechte*)¹⁹⁰⁹ hakların anayasal hukuk düzenindeki yeriyle temellendirir¹⁹¹⁰. Müller'e göre bu kaydın, anayasal hakların sınırsız olarak kabul edilmelerini imkansız kılan sistematik yönü dikkate alındığında, tüm anayasal hak normlarının yazılı olmayan bir unsuru olarak kabul edilmesi herhangi bir anayasal teorisinin vazgeçilmez bir parçasıdır¹⁹¹¹. Müller, bunun bir sınırlama kaydı olarak görülmesini reddeder. Onun “hukuki nitelik kaydı” ile kastettiği, tüm anayasal haklar için geçerli sarıh bir sınırlama klozu veya yazılı olmayan bir sınırlama klozu değildir¹⁹¹². Aksine hukuki nitelik kaydı, yalnızca temel hakların kendi garantilerinin kapsam sınırları (*Sachgrenzen*) olduğu anlamına gelir¹⁹¹³.

Müller, “her anayasal hakkın kendi hukuki niteliği nedeniyle garanti ettiklerinin zaten nesnel olarak sınırlı” olduğunu savunur¹⁹¹⁴. Bu sınır belirleme, hükmün sözünde açıkça veya zımnî olarak ortaya konmuş (örneğin “sanat”, “bilim” gibi) norm alanının

¹⁹⁰⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 202.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*, 39; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59. Müller, kendi teorisinin bir nevi özetine şu çalışmasında da yer vermiştir: Friedrich Müller, *Recht - Sprache - Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I. (Schriften zur Rechtslehre)* (Berlin: Dunker und Humblot, 2010), 40-42.

¹⁹⁰⁸ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 41.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*

¹⁹¹⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 202.

¹⁹¹¹ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 44.

¹⁹¹² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 202; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 82.

¹⁹¹³ Can, “‘Neminem-Laedere-Gebot’”, 919.

¹⁹¹⁴ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 32.

maddi-normatif (*sachlich-normative*) genişliğine (*Reichweite*) dairdir¹⁹¹⁵. Böyle olunca da hakkın sınırlarını belirlemek ile içeriğini belirlemek aynı şeye denk gelir.¹⁹¹⁶ “Bir anayasal hakkın maddi genişliği”¹⁹¹⁷ (*sachliche Reichweite eines Grundrechts*) için belirleyici olan, normatif alandır¹⁹¹⁸. Temel hak tarafından korunan norm alanının maddi (olgusal/nesnel) kapsamının sona erdiği yerde, geçerlilik içeriği de sona erer¹⁹¹⁹. Asıl dogmatik soru ise temel bir hakkın nasıl sınırlanabileceği değil, daha ziyade *norm alanının analizi* ve bunun temel hak norm programıyla iletişimi dikkate alındığında geliştirilecek geçerlilik içeriğinin nereye kadar uzanacağıdır¹⁹²⁰.

Temel hakkın geçerliliğinin tespitinde, o hakkın norm alanı ile spesifik bir bağlantı içinde olan kullanım biçimleri ölçüt alınır; bunun dışında kalan tesadüfi, arızı bir bağlantı içinde gözüken kullanım biçimleri ise bu geçerliğin dışında kalır¹⁹²¹. Hakların kullanılmasının belli bir biçimi, anayasal norm alanının (doktrinel olarak önceden geliştirilen) yapısı ile maddi (olgusal) bağlantıdan açıkça yoksun değilse, spesifikdir¹⁹²². Dolayısıyla norm(atif) alanının yapısıyla bağlantılı olma kriteri spesifik olup olmamayı belirler¹⁹²³. Müller’in bu bağlantının sağlanmasında aradığı gereklilikler, oldukça yüksektir. Çünkü bu bağlantının varlığı için belirleyici olan, kullanım biçiminin içeriksel olarak tanımlı norm alanı için yapısal olarak gerekli ve esas teşkil eden alana girmesidir¹⁹²⁴. Buna göre, eğer bir kullanım biçimi ikame edilebilir (değiştirilebilir) ise ve eşit değerde, alternatif bir başka kullanım biçimi(leri) norm alanı içinde mümkün ise, bu kullanım biçimi spesifik değildir¹⁹²⁵. Böylelikle temel hak norm alanının “tipik” ve “yapısal olarak gerekli” olma kriterlerine göre belirlenmesi, koruma alanının daralmasına neden olur¹⁹²⁶.

Spesifiklik ve temel hakkın sınırlarını düzenleyen yasanın işlevini, Müller’in meşhur örneğinden yola çıkarak ayrıntılandırılm. Yazara göre, cadde ortasında sanatımı icra etmeye

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, 44.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, 32-33.

¹⁹¹⁷ BVerfGE 12, 45 (53) (*Kriegsdienstverweigerung I*).

¹⁹¹⁸ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 20; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203.

¹⁹¹⁹ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 56.

¹⁹²⁰ *Ibid.*, 87; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 202. Vurgu Alexy’ye aittir.

¹⁹²¹ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 99-100, ayrıca bkz. 73, 74, 88. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 49-50; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 59.

¹⁹²² Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 100.

¹⁹²³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203.

¹⁹²⁴ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 99; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203.

¹⁹²⁵ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 101.

¹⁹²⁶ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 86.

çalışan bir ressamın eylem biçimi, Anayasanın 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde hiçbir sınırlama nedeni olmaksızın güvence altına alınmış olan sanat özgürlüğüne özgü (spesifik) değildir. Bu nedenle de sanat özgürlüğünün koruma alanı dışında kalır. Dolayısıyla yol kavşaklarında resim yapmayı yasaklayan bir yasa herhangi bir hakka spesifik (özgül) olarak korunan bir davranış biçimini, başka deyişle, norm alanı içinde yer alan herhangi bir spesifik kullanım biçimi olanağını sınırlamaz¹⁹²⁷. Böyle bir yasa sanatsal faaliyet özgürlüğü çevresine girmekle beraber, hakkın norm alanına girmeyen kullanım biçimine yöneltilmiştir¹⁹²⁸. Bunun, sınırlama kaydına yansımaları ise genellikle sanatçının resim yapmasını yasaklayan ceza hukuku normu, anayasal yetki ve gerekçe gerekliliklerinin karşılanması gerektirirken; sanatçının kavşakta resim yapmasını yasaklayan normun bu gerekliliğe tabi olmamasıdır¹⁹²⁹.

Kavşakta siyasi görüş ifadesi¹⁹³⁰ ve geceleri geliştirilen müzik kompozisyonları¹⁹³¹ aynı şekilde değerlendirilir ve temel haklar altındaki korumadan dışlanır¹⁹³². Yine bir başka örnek olarak, materyalini hırsızlık yoluyla sağlayan heykeltıraşın mahkûmiyetine yol açan ceza hukuku normu, sanat özgürlüğünü etkilememelidir. Çünkü hırsızlık materyali temel haklara özgü bir eylem biçimiyle ilişkilidir, ancak kendisi bunu oluşturmaz, bu yüzden sanatçının ceza hukuku kapsamındaki mahkûmiyeti temel sanat özgürlüğü hakkını etkilemez¹⁹³³. Dolayısıyla Müller'in teorisinde, yasama aracılığıyla olguya özgü bir eylem biçimi etkilenmediği sürece, yani yasaklayan yasa aslında ne hakkın ihlaline ne de ihlaline izin verilmesine yol açtığı için, yasa, temel hakkın bir "sınırlama"sı değil, aksine "tasarımı"dır (*Ausgestaltung*). Bu nedenle, bu tür bir yasa için ne anayasal yetkilendirme (yasa kaydına) ne de sınırlama (*Schranken*) üzerindeki haklılaştırma gereklilikleri aranır¹⁹³⁴.

¹⁹²⁷ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 64, 73, ayrıca 88; Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 59.

¹⁹²⁸ Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 59.

¹⁹²⁹ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 64; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 61.

¹⁹³⁰ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 73, 100; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 60.

¹⁹³¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 60.

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 57.

¹⁹³⁴ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 64. Ayrıca Martin, *Grundrechtskollisionen*, 60; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 204; Hakyemez, "Objektif Sınır Kavramı", 39. Yasa kaydına bağlı olmamasından olsa gerek, Türk yazarlar bunu eşyanın tabiatından kaynaklanan bir sınırlılık olarak açıklamışlardır. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 130; Ayrıca Hakyemez, "Objektif Sınır Kavramı", 23.

Müller'in spesifik olma kriterini başka ek kriterlerle genişletme eğilimine de değinmek gerekir¹⁹³⁵. Yazar spesifik norm alanını belirlerken, sosyal gerçeklik kesiti içinde tipik kullanım biçimlerini dikkate alır. Ancak tipik olan “geleneksel veya normal” olanla sınırlı değildir¹⁹³⁶. Atipik, bireysel, yeni ve spontan olan da spesifik olarak korunabilir¹⁹³⁷. Tipik olan, norm alanının kapsamı hakkında değerli bilgiler içermekle birlikte, daha fazlasını sunamaz. Norm alanının kapsamı içine giren spesifik kullanım biçimleri için belirleyici olan, ilgili norm alanı için yapısal olarak gerekli ve esas olan kullanım biçimlerinin ayrıntılandırılmasıdır. Bu da tarihi deneyime, siyasi kanaate ve hukuki kavrayışa bakılarak, temel hakkın neden güvence altına alındığı sorusuna verilen yanıtlarla belirlenir¹⁹³⁸. Dolayısıyla yapısal olarak “tipik”; sadece durağan, ortalama değerler ve yapılar değildir¹⁹³⁹. Yalnızca norm alanından aktarılan değil, “aynı zamanda nesnel (olgusal) özelliğine göre tipler halinde kavranabilen, yasal değerlendirme olmaksızın norm alanının kendisinde yaşamın ifadeleriyle sabitlenmiş ve - yeni bir oluşum olarak - kendi başına yeniden gelenek oluşturan (oluşturabilecek) şey” de bu anlamda “tipik”e aittir¹⁹⁴⁰. Yazara göre, bu ifadeye karşılık bunun, ideal bir tipin “normatif”ini temsil etmediği, sadece olgusal-rasyonalize edici ayırım ilkesini ifade eden sezgisel bir buluş olduğu söylenebilir. Buna karşılık olarak Müller'in açıklaması şu şekildedir:

“her zamanki gibi tipik olana başvurma, genellikle sadece normatif olarak ilgili olmayan, sosyal gerçeklikteki yapıları geleneksel olarak dondurulabilen konu alanına dayanır. Norm alanı ise, yeni gelişmenin tüm olanaklarını nesnel olarak belirli bir şekilde belirleyen anayasal güvence sayesinde, ... temel hakkın niteliğine bağlı olarak, ‘özgürlüğü’ garanti eden norm programıyla sonuçlanır”¹⁹⁴¹.

Müller'in spesifiklik kriterine ilişkin getirdiği bu ek kriterlere, iki temel eleştiri yöneltilebilir. Bunlardan birincisi atipiklikle ilgilidir. Eğer atipik olan da hakkın kapsamına girebilecekse, o halde tipiklikten, kullanım biçimini koruma kapsamına dahil etmek için yararlanılabilir. Ancak koruma dışında bırakmak için bir kriter

¹⁹³⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203 (dp. 97).

¹⁹³⁶ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 96.

¹⁹³⁷ *Ibid.*, 99.

¹⁹³⁸ *Ibid.*; Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 64. Ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 83.

¹⁹³⁹ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 99.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*; Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 64.

¹⁹⁴¹ Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 64-65.

oluşturamayacaktır¹⁹⁴². Zira ilgili kullanımın “tipik” olmadığına tespitinin yapıldığı noktada, “atipik” olarak koruma kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi gerekecektir¹⁹⁴³. İkinci eleştiri ise temel hakkın niçin güvence altına alındığına, yani temel hakkın koruma amacına bakılmasına dairdir. Alexy’nin ifadesiyle “temel hakların amaçları, ancak, tartışmalı dışlama durumlarının belirlenmesini mümkün kılan münferit kapsamlar, kendilerine atfedilebilecek şekilde, kendileri tanımlanırlarsa kapsamı sınırlamak için kullanılabilirler¹⁹⁴⁴. O halde bu noktada olgusal alana değil normatif alana bakılmalı, olgusal alandan normatif alana geçilmemelidir¹⁹⁴⁵. Bu nedenle bu görüşe, şüpheyile yaklaşılmalıdır¹⁹⁴⁶.

Müller’in ileri sürdüğü “yapısal olarak gerekli” olma kriteri de sorunludur. Temel haklar norm alanının “yapısal olarak gerekli” olanla sınırlandırılması, temel hakların güvence içeriğinin temel asgari konumlara ve dolayısıyla temel içeriğe indirgenmesi ile sonuçlanır¹⁹⁴⁷. Oysa Müller’in varsayımının tersine, anayasal özgürlük kavramı, çekirdek alandan daha fazlasını içerir. Aşağıda da belirttiğimiz üzere, bireyin kendi özgürlüğüne dair kullanımları temelde kendi tasarrufuna bağlıdır. Ancak bu kullanımın başkasının hakkıyla çatışması halinde sınırlamalara maruz kalmaktan söz edilebilir¹⁹⁴⁸.

FAYM de Müller’in öğretisini benimsememiştir. Örneğin Mahkeme, rahatsız edici ve aşağılayıcı bir görüş açıklamasının da başlangıçta Anayasanın 5’inci maddesinin birinci fıkrasının korumasından yararlandığını belirtmiştir. Bu hakkın kendisi, ifadenin nasıl dile getirileceğini de belirleme özgürlüğünü içerir¹⁹⁴⁹. Keza aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alacağımız *Mephisto* kararında Mahkeme, sanat kavramını daraltarak, sanatsal özgürlüğün güvencesini görelileştirmeye yönelik girişimleri açıkça reddetmiştir¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203 (dp. 97).

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ Bkz. “Nesnel sınırlılık teorisinin anayasal hakların çatışması ile ilişkisi ve eleştirisi” başlığı.

¹⁹⁴⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 203-204 (dp. 97).

¹⁹⁴⁷ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 87.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁹⁴⁹ BVerfGE 42, 143 (149-150) (*Deutschland-Magazin*). Dikkat çeken Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 88.

¹⁹⁵⁰ BVerfGE 30, 173 (191). Dikkat çeken Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 88.

2. Nesnel Sınırlılık Teorisinin Anayasal Hakların Çatışması ile İlişkisi ve Eleştirisi

Diğer tüm içkin sınır teorilerinin iddia ettiği gibi, nesnel sınırlılık teorisi de, temel hakların birbiriyle ya da başka anayasal normlarla çatışması sorununun çözümüne kolaylık sağlayacağı iddiasındadır. Zira çatışma gibi görünen birçok durumun, norm alanları ve geçerlilik içeriğinin belirlenmesiyle “görünüşte çatışma” (*Scheinkollision*) olduğu tespit edilecektir¹⁹⁵¹. Örneğin, bir kavşak noktasında resim yapan sanatçının sanat özgürlüğünün reddedilmesi gerekir, çünkü kavşak noktasında resim yapmak temel haklara özgü bir temel hak uygulaması değildir¹⁹⁵². Bir diğer deyişle, bu eylem Alman Anayasasının 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin norm alanına ait değildir¹⁹⁵³. Ancak, bu şekilde “görünüşte çatışma” ile olayı çözmek, Müller’in teorisi kabul edilirse gerçekleşecektir. Oysa bu teori aşağıda belirteceğimiz üzere eleştirilere açıktır.

Nesnel sınırlılık teorisi¹⁹⁵⁴, genel olarak norm alanlarına özgü kullanım biçimlerinin tespitinde somut bir ölçütün olmaması nedeniyle eleştirilir. Bu yöntemle norm içeriği ölçsüz veya haksız şekilde doldurulabilir¹⁹⁵⁵. Ayrıca bu teori “olgusal dünya” ile “normatif dünya”nın, aralarında geçiş olmayan, birbirinden ayrı kabul edildiği “Hume Kanunu (*Hume's law*)”na aykırı olmakla eleştirilir¹⁹⁵⁶. Hume Kanunu’na göre olgudan norm istihraç edilemezken, nesnel sınırlılık teorisinde normun geçerlilik içeriği kabul edilecek olan olgusal, ampirik verilerdir. Normun ne olduğu bunlara bakılarak tespit edilecektir¹⁹⁵⁷. Şimdi bu genel eleştirileri, nesnel sınırlılık teorisinin sunduğu hakkın hukuki niteliğinden kaynaklanan kullanım biçiminde kriter olan “spesifiklik” kriterini dikkate alarak -yine kavşakta resim yapma örneği ile- ayrıntılandırılm.

¹⁹⁵¹ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 95-97. Ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 51; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 60.

¹⁹⁵² Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 73, 99-100; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 60.

¹⁹⁵³ Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 59.

¹⁹⁵⁴ Müller’in yanı sıra nesnel sınır anlayışını ele alan, ancak Müller’den farklılıklar barındıran Ridder’in nesnel sınır anlayışı için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 52-53.

¹⁹⁵⁵ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 12. Bu yöndeki risklere dair ayrıca bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 217-218.

¹⁹⁵⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 219.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

Federal Alman Anayasasının 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin, her hâlükârda sanatsal ifadeleri sınırsız bir şekilde öngördüğüne şüphe yoktur. Bu maddeye bakıldığında, davranışın sanatsal ifade olması halinde icra edilmesine izin verileceği çıkarımı yapılır. Bu çıkarım yapıldıktan sonra asıl soru, kavşakta resim yapmanın sanatsal bir ifade olup olmadığı haline gelir. Bu sorunun cevabı muhakkak ki “evet”tir¹⁹⁵⁸.

Müller'in savunduğu gibi anayasal hakların spesifik olmayan kullanım biçimlerinin norm(atif) koruma alanına ait olmadığı ve bunun sonucu olarak bu tür kullanımların anayasal korumadan yararlanamayacaklarının kabulü için, ilgili normun – burada 5'inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin - değiştirilmesi, daha doğrusu bu norma ekleme yapılması gerekir. Buna göre, eğer bir davranış sanatsal ifade ise ve spesifik olmayan bir kullanım biçimi özelliği göstermiyor ise, ancak o halde bu eylemin icra edilmesine izin verileceği yönünde bir ifadenin yer alması gerekir¹⁹⁵⁹. Böylece “eklenen” bu ifade, dönüştürülen normu sınırlayan bir istisna değil, normun bir parçası haline gelir. Bu tez ise hem maddi hem de şekli (formal) yönden sorunlar içerir¹⁹⁶⁰.

Maddi bağlamda sorun, ikame edilebilirlik kriterinin anayasal olarak korunması ve korunmayanı ayırt etmekte işe yaramamasına daırdır¹⁹⁶¹. Örneğimizden devam edersek, kavşakta resim yapmak da sanat özgürlüğü ile korunabilecek bir sanat eylemidir ve spesifik kullanım biçimine girmediği gerekçesiyle korunamayacağı düşüncesi kabul edilemez¹⁹⁶². Burada ölçüt, “spesifik”lik ve onu belirleyecek “ikame edilebilirlik” değildir. Kişinin anayasal hakkını istediği gibi kullanma hakkı vardır. Resim yapmanın tipik bir kullanım biçimi olup olmadığını belirlemenin ölçütü olarak ikame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) kriterini kabul edersek, o davranış başka bir zamanda veya biçimde yerine getirilebilir olduğu sürece, her davranışı yasaklama olanağı getirmiş oluruz. Oysaki temel hak sahibinin anayasa ile güvence altına alınmış özgürlüğünü, kendisinin

¹⁹⁵⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 204.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, 205.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ *Ibid.*

¹⁹⁶² *Ibid.*, 206. Bizim de bu anlamda görüşlerine katıldığımız Alexy'nin, Müller'in spesifiklik kriterine yönelik eleştirisini haklı gören bir diğer yazar Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 106.

belirleyeceği şekilde kullanmaya dair karar verme hakkı vardır ki bu hak önemli bir anayasal konumdur¹⁹⁶³.

Hakkın spesifik kullanımının korunması meselesinin yaratacağı tipiklik, kişinin anayasa ile güvence altına alınmış olan özgürlüğünü istediği şekilde kullanmaya karar verme hakkını ortadan kaldırır¹⁹⁶⁴. Bunu biraz daha açarsak; resim yapmaya özgü olan şey, tuval ve resim malzemelerini kullanmak olarak kabul edilse dahi, bu hakkı kişinin istediği gibi kullanması mümkündür. Resim yapılacak yer stüdyo da olabilir dağ başı da. Kaldı ki terk edilmiş bir bölgedeki bir kavşak noktası düşünelim ve kişinin gidip burada resim yaptığını hayal edelim. Çok yüksek ihtimaldir ki bu durumda, kişinin orada resim yapmasının korunup korunmayacağı tartışmasına dahi gerek kalmaz¹⁹⁶⁵. Çünkü kişinin kavşakta resim yapmasının sanat özgürlüğünün kapsamına girip girmediğini tartışmaya değer kılan, bu kavşağın trafiğe açık olması ve dolayısıyla trafik için bir sorun yaratabilecek olmasıdır¹⁹⁶⁶. O halde kavşakta resim yapma eyleminin korumadan yararlanamayacak olmasının gerekçeleri, Anayasada düzenlenmiş bir başka norm (örneğin farazi olarak trafiğin korunması gibi bir hüküm)¹⁹⁶⁷ veya başkalarının hakları olabilir¹⁹⁶⁸. Müller'in tezinin şekli yönden içerdiği sorun bu noktada ortaya çıkar.

İlgili eylemin icrasına izin verme açısından kavşakta resim yapma örneğinde varılacak sonuç, Müller'in teorisi takip edildiğinde varılacak sonuçla aynı olsa da eğer bu gerekçelerle sınırlama yapılacaksa, bahsettiğimiz “ekleme” ifadeye benzer şekilde sınırlayıcı gerekçeleri içeren sınırlama klozu, izin verici norma içerilmelidir¹⁹⁶⁹. Anayasada sınırsız olarak düzenlenmiş “bir hakkı sınırlama klozu, yalnızca eşit anayasal

¹⁹⁶³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 205. Burada Alexy temel hak sahibinin, hakkın kapsamı bağlamında kendisi için karar vermesinin, hak sahibinin, hakkın kapsamı üzerinde karar verebilmesi anlamına gelmediğini, bu ikisini karıştırmadığını da vurgulamaktadır. Her *prima facie* hak kapsamı boyunca genişler. *Ibid.* (dp. 109).

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁹⁶⁵ Alexy de, söz konusu kullanım biçimini anayasal koruma dışında bırakmak için makul bir gerekçe olmasaydı dahi kavşakta resim yapmanın tipik olmayan bir kullanım biçimi olarak nitelendirilip, anayasal korumanın dışında mı bırakılacağını sormaktadır. *Ibid.*, 205.

¹⁹⁶⁶ Aynı yönde *Ibid.*, 204-205. Kemal Gözler de kavşakta resim yapmanın nesnel sınır nedeniyle zaten sanat hürriyetinin kapsamı dışında kaldığını söylemek yerine, bu hürriyetin kapsamında olduğunu kabul edip bu eyleme dair sınırlamanın nasıl olacağını konuşulması gerektiği görüşündedir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 218-19.

¹⁹⁶⁷ Alexy “kolektif menfaatler” demektedir. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69.

¹⁹⁶⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206.

statüdeki diğer normlardan türetilir”¹⁹⁷⁰. Bu tür bir kloz, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin yasa kaydı olmaksızın güvence altına alınmış anayasal hakların sınırlanmasına dair içtihadı¹⁹⁷¹ takip edilerek formüleleştirilebilir: “Eğer bir davranış, sanatsal ifade ise, bu durumda icrasına izin verilir. Meğerki mevcut somut koşullar altında sanat özgürlüğü ilkesini önceleyecek anayasal statüdeki ilkeler sanat özgürlüğünün yasaklanmasını gerektirsin”¹⁹⁷².

Yukarıda yaptığımız açıklamalar, Müller’in örnek olarak verdiği FAYM kararları için de ileri sürülebilir. FAYM, bir kararında dilekçe hakkının (GG madde 17) hakaret veya tehdit taşıyan dilekçeleri korumadığını belirtmiştir¹⁹⁷³. Müller, dilekçenin hakaret ya da tehdit olmadan nesnel içeriğinin formüle edilebilmesinden yola çıkarak¹⁹⁷⁴, bu içerikte olanların spesifik olmadıkları için dilekçe hakkının koruması dışında kaldığı iddiasındadır. Bu nedenle de FAYM’nin kararını haklı bulur¹⁹⁷⁵. Bizce, kavşak örneğinde de olduğu gibi, burada da önemli olan karşı gerekçenin –ki bu da başkalarının hakkı olarak somutlaşır- varlığıdır. Netice itibarıyla hakaret veya tehdidin yöneleceği başka bir anayasal hak öznesi bulunmaktadır. İlgili hak ise *kişilik hakkı*dır.

Sonuç itibarıyla, tipiklik ve yapısal koruma alanına dayalı bir koruma alanını tespitini içeren Müller’in teorisinin takip edilmesi halinde, çatışan normları sınırlama düzeyinde alırken yaşanacak zorluklardan kaçınılacaktır. Ancak bu teori temel hakların özüne zarar verme tehlikesini de barındırır¹⁹⁷⁶. Bir anayasa normu ile onun sınırlama klozunu ele alırken, gerekçe ile karşı gerekçe arasında etkileşimi işlevsel bir şekilde görmek için başlangıçta koruma kapsamını geniş tutmak önemlidir. Bu nedenle Müller’in anayasal haklara dair dar kapsam teorisi reddedilip, hakkın koruma alanının geniş yorumu benimsenmelidir¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁹⁷¹ BVerfGE 28, 243 (261); BVerfGE 30, 173 (193).

¹⁹⁷² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206.

¹⁹⁷³ BVerfGE 2, 225 (229) (*Petitionsbescheid*).

¹⁹⁷⁴ Ancak yazar bazı olgusal koşullar nedeniyle bir dilekçenin böyle olmadan formüle edilemeyeceği bir dava ihtimalini de –pratikte olası görmemekle beraber- dışlamamaktadır. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 75.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁹⁷⁶ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 89.

¹⁹⁷⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 206. Gözler de nesnel sınırlılık teorisine eleştirilerini yöneltirken hak ve hürriyetlerin anayasa ve kanunlarda verilenlerden ibaret olmayan yani inhisari olmayan özelliklerine dikkat çeker. İnhisari olan, hak ve hürriyetlerin geçerlilik muhtevası değil,

3. Ara Değerlendirme

Biz, sınırlama kaydı olmaksızın öngörölmüş anayasal hakların sınırlanma gerekçelerine ilişkin tüm açıklamalarımızın bir özeti bağlamında, temel hakların sınırlandırılması ve sınırlarına ilişkin perspektiften baktığımızda şu ihtimalleri içeren bir çerçeve görüyoruz:

İlk olarak, bir temel hakkın anayasal sınırları olabilir. Bu durumda o hak sınırlı şekilde doğmuştur.

İkinci olarak, anayasada sınırlama kayıtları öngörölmüş olabilir. Bu sınırlama kayıtlarının yasa koyucu tarafından yerine getirilmesi yani *kanunla sınırlama* mümkündür. Burada esas tartışma, sınırlamanın Anayasaya uygun olarak yapılıp yapılmadığına bakılarak ortada bir sınırlamanın mı, yoksa bir ihlalin mi olup olmadığını tespit etmeye dairdir. Ancak bu husus burada tartışmayacağımız ayrı bir konudur.

Üçüncü olarak, hakkın kötüye kullanımından kaynaklanan bir sınırlılık hali söz konusu olabilir. Zira kötüye kullanımın tespitiyle ortada artık tartışmaya değer bir hak kalmayacaktır. Ancak biz hakkın kötüye kullanımının, çok nadiren başvurulabilecek bir kurum olduğunun farkındayız. Çoğu çatışma durumu kötüye kullanma özelliğine sahip değildir. Çatışmalar, üçüncü şahısların temel haklarına kasıtlı olarak zarar vermekten ziyade, olguların yani hak kullanımlarının arasındaki çakışmaların ve bu anlamdaki uyumsuzlukların sonucudur. Hakkın kötüye kullanımı (örneğin, GG madde 18) ile temel hakka içkin sınır çizilmesi, bu nedenle, yalnızca gerçek bir kötüye kullanma meselesi ise, çatışmanın çözümü yani daha doğrusu önlenmesi için uygundur¹⁹⁷⁸. Bunu da çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılarıyla açıklamıştık.

Dördüncü olarak, bizim için geriye özellikle de anayasal hakların çatışması için önemli olan tek seçenek kalır. O da başkalarının hak ve özgürlüklerinin çatışmasından doğan sınırlılık hali. Biz içkin sınırları, işlevsizliğini unutmadan *hakkın kötüye kullanımı* ve

aksine anayasa ve kanunların koyduğu sınırlardır. Dolayısıyla nesnel sınırların istihraç edilememesi gerekir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 218.

¹⁹⁷⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 98.

başkalarının hakkıyla çatışma yani anayasal hakların çatışması bağlamında kabul ediyoruz. Bu tespitimizi Müller'in teorisiyle de bağlantılı olarak örneklendirelim.

Kavşakta resim örneğimizden devam edersek, ressamın eylemini yerine getireceği herhangi başka bir uygun yerin olmadığı düşünmezsek (bu çok fantastik olur) ressam ya trafiği engellemek istediği için bu tutumda bulunmuştur ki bu başkalarının seyahat hakkını engellemek amacı taşır ve hakkın kötüye kullanımını kapsamına girdiği için korunmaz (birinci ihtimal). Ya da ressam başkalarının hakkına zarar verme amacı gütmeyen böyle bir eyleme girişmiştir¹⁹⁷⁹. Şüphe halinde hakkın kötüye kullanımını iddia edemeyeceğimizi varsayarsak, geriye başkalarının haklarıyla (örneğin seyahat etme hakkı) çatışmanın mevcut olması ihtimali kalır. Bunu da “çatışmadan doğan sınırlılık” kapsamında değerlendirebiliriz.

Kişinin başkalarının hakkına zarar verme amacı gütmeyen eylemini icra etme halini farazi bir örnekle somutlaştıralım. Diyelim ki sanatçı, çağdaş sanat adı altında bir performans sergilemektedir ki kuşkusuz bu eylem de 5'inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi kapsamında sanatsal bir ifade oluşturacaktır. Sanatçı bilinçli bir şekilde, kafasındaki plan çerçevesinde, kavşakta icra edilecek bir performans yönetir veya bizzat kendisi de performansta bulunur. Biraz daha derine inersek, diyelim ki sanatçı(lar) (veyahut performans sanatçıları), dört şeritli bir yolda diğer yolları görmeksizin tek bir şeride akın eden insan trafiğini kurguluyor ve elbette böyle bir performans kavşakta icra ediliyor. Burada sanatçının niyeti trafiği engellemek değil; şeride akın eden bu kitle aracılığıyla, terk ettikleri ülkeye geriye dönemeyip önündeki yollardan da yalnızca birine yığılma imkânı olan mültecileri sembolleştirmektir. Öyleyse hala –kabul edildiğini varsayarsak- sanat özgürlüğünce korunacak spesifik bir eylem var mıdır yok mudur tartışması yürütebilir miyiz? Sanmıyoruz! Sanatçının bu eyleminin sonucunda trafiği engelleyeceğinden bihaber olduğu söylenemez. Bu, eylemin öngörülen bir sonucudur. Ancak bu tek başına hakkın kötüye kullanımının tespitine imkan sağlamaz, sağlamamalıdır. Bu örnekte ilgili hak, ifade özgürlüğü olarak da değerlendirilebilir. Keza bu durumda da aynı sonuca varacağız.

¹⁹⁷⁹ Gözler de, sanatçının gerçekten de kavşakta bu eylemi yerine getirme ihtiyacının olabileceğine dikkat çeker. Kaldı ki işin içine somut durum girdiğinde sonsuz sayıda ihtimal devreye girecektir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 218-219.

Biz Müller'in nesnel sınırlılık teorisini kabul etmediğimiz için bu teorinin görünüşte çatışmalardan kaçınmak için kolaylık sağladığına dair avantajı¹⁹⁸⁰ da reddediyoruz. Görünüşte çatışmalar nesnel sınırlılık teorisine göre değil, çok istisnai durumlarla sınırlı olmak üzere, hakkın kötüye kullanımı nedeniyle tespit edilebilir¹⁹⁸¹. Burada, çatışıyor görünen hakların sınırları çizildikten sonra ortada bir çatışmanın olmadığına dair ihtimali şimdilik hesaba katmıyoruz. Yoksa görünüşte çatışmalar, elbette hakkın kötüye kullanım yasağı örneklerinden ibaret değildir. Bu anlamda nesnel sınırlılık teorisine yönelik eleştirilerden biri olan, bu kapsamda belirlenen geçerlilik içeriğinin yine de diğer anayasal hak veya normlarla çatışması ihtimalini ortadan kaldırmadığı gerçeğini¹⁹⁸², hakkın kötüye kullanımı ve hakların sınırlarının belirlenebildiği durumlar için değerlendiriyoruz. Ancak her hâlükârda, ne zaman ki böyle bir belirlemeyle dahi çatışma ortadan kalkmazsa, o zaman pratik uyuşuma başvurmak gerekecek, yani çatışan anayasal haklar veya başka anayasal normlar, her birinin normatif etkisi optimal düzeyde korunacak şekilde bir sınırlamaya uğrayacaktır¹⁹⁸³. Bu da çatışmadan kaynaklanan sınırlılığı ele almanın sonucudur.

Müller'in teorisi dahil, yazılı olmayan temel hak sınırlamalarını farklı şekilde türetme ve oluşturma girişimlerinin sonucu olan¹⁹⁸⁴ yukarıdaki içkin sınır teorilerinden hiçbiri, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kayıtsız anayasal haklara sınır çizmesine yönelik çatışma modeline alternatif sunamamaktadır¹⁹⁸⁵. Anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan bir sınırlılık halini kabul eden FAYM'nin bu içtihadı, "çatışma teorisi" (*Kollisionstheorie*¹⁹⁸⁶) olarak da adlandırılır.

FAYM'nin çatışma teorisi içtihadında ele alınması gereken çok önemli sorular vardır. Her şeyden önce, FAYM içtihadında üçüncü tarafların çatışan haklarının, *koruma düzeyinde* mi yoksa sadece *sınırlama düzeyinde* mi ele alındığı sorusuyla karşılaşacağız. Bu sorunun genel olarak dar ve geniş kapsam teorileriyle bağlantılı olduğunu ve bu iki

¹⁹⁸⁰ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 62, 95 vd.

¹⁹⁸¹ Gerçi Müller'in, sınır belirlemenin "kötüye kullanım" davaları ile ilişkili olmadığını belirttiğini gözden kaçırmadık. *Ibid.*, 98. Yine de bize göre "kötüye kullanma yasağı" bir ihtimal oluşturur.

¹⁹⁸² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 151'den aktararak teyit eden Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 12.

¹⁹⁸³ Tabii ki burada Müller'in "belirleme"yle kastettiği, hakkın nesnel sınırının ortaya koymasıyla görünüşte çatışmaların tespitidir. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 89.

¹⁹⁸⁴ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 154.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, 175.

¹⁹⁸⁶ Christian Bumke, *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1998), 157.

teorinin ilgili soruya birbirinden zıt cevaplar verdiğini belirtmiştik. Dar kapsam teorisinin anayasal hak koruma alanını, sınırlamalar sadece düşük bir ölçüde gerekli olacak şekilde koruma alanı düzeyine indirgerken; geniş kapsam teorisinin, aksine, *prima facie* korumayı kapsamlı bir şekilde yorumladığını ve böylece gerektiğinde sınırlama düzeyinde kapsamlı kısıtlamalar yaptığını¹⁹⁸⁷ belirtmiştik. FAYM'nin durumu nasıl ele aldığı ise bizim için ayrı bir inceleme noktası olacaktır.

Gerekçelendirme düzeyinde sınırlamalara yol açan geniş kapsam teorisine göre, anayasal hakların çatışması büyük oranda tartıma başvuru olarak çözüldüğü için ilerleyen bölümde tartım yöntemini ayrıntılarıyla ele alacağız. Bu nedenle geniş kapsam teorisinin incelemesinin son bulduğu söylenemez.

Dar kapsam teorisi ise koruma alanını baştan daraltan, yani koruma alanı düzeyine içkin sınırlar koyan görüşler tarafından temsil edilir¹⁹⁸⁸. Dar kapsam teorisini haklı çıkarma girişimleri olan içkin sınır teorilerini ayrıntılarıyla ele aldık ve çatışma bağlamında inceledik. FAYM'nin "çatışma teorisinde" karşılaşacağımız sorunları çözebilmek için bu iki kapsam teorisini karşılaştırmak ve bazı çıkarımlarda bulunmak elzemdir. Burada geniş kapsam teorisinin doğruluğu veya esası hakkında kesin açıklama yapmazsak da, çeşitli dar kapsam teorilerini göz önünde bulundurarak geniş kapsam teorisinin avantajları ve dezavantajları ile karşılařtırarak¹⁹⁸⁹ kimi çıkarımlarda bulunabiliriz.

V. DAR KAPSAM TEORİSİ Mİ GENİş KAPSAM TEORİSİ Mİ? YOKSA ALTERNATİF BİR TEORİ OLARAK GÜVENCE ALANI TEORİSİ Mİ?

Bu başlık altında, dar ve geniş kapsam teorilerini bazı yönlerden karşılaştıracamız ve bu karşılaştırmadan, geniş kapsam teorisinin baskın çıktığını göreceğiz. Günümüzde, hem FAYM içtihadında hem de literatürde yaygın olarak geniş kapsam teorisi savunulmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda gösterdiğimiz üzere, istisnalar ortaya çıkmakta, dar kapsam teorisinin uygulandığı kararlar verilmektedir. Dar kapsam teorisi altında değerlendirilebilen ve geniş kapsam teorisyenlerince istisnai olarak kabul edilen

¹⁹⁸⁷ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 327; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 58-59.

¹⁹⁸⁸ Aynı yönde Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 154.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, 96.

bu kararları farklı bir yönden ele alan bir başka teori; dar güvence alanı teorisi (enge Gewährleistungsbereiche).

A. DAR VE GENİŞ KAPSAM TEORİLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI¹⁹⁹⁰

Dar ve geniş kapsam teorileri genelde birbirine zıt duran yönlerle eleştirilir. Aşağıda bu teorilerin hangi yönlerden eleştirildiklerini ele alacağız. Böylece hem teorileri daha iyi açıklamış olacağız, hem de kural olarak geniş kapsam teorisini benimsemekle beraber, bazı kriterler dahilinde dar kapsam teorisini sınırlı durumlarda kabul ettiğimizi göstereceğiz.

1. Hilekârlık ve Tutarsızlık İddiaları

Geniş kapsam teorisi, *prima facie* korumayı kabul ettiği için hilekârlık ve tutarsızlıkla (*Unredlichkeit und Inkonsequenz*) suçlanır. Çünkü bu teoride, başlangıçta bir nevi “vaat edilen” anayasal hakların potansiyel korunmasının, gerçek bir koruma haline gelmesi yönünde ciddi bir şansı yoktur¹⁹⁹¹. Bu nedenle teori, adeta sadece gerekçelendirme düzeyinde sınırlandırılabilir sınırsız haklar varmış gibi bir illüzyon yaratır¹⁹⁹².

İllüzyon suçlamasının sebebi, ilgili eylemin veya durumun hakkın koruma alanına girme ihtimalinden kaynaklanır. Koruma altına girme şansı olmayan eylemler, bir taraftan hakkın korumasına dahil edilir, bu teori sonucunda kabul edilen değerler tartımı sonrasında, diğer taraftan bu korumadan çıkarılır¹⁹⁹³. Oysa bazı durumlarda, hukuki menfaatlardan birinin diğerine göre önceliğe sahip olduğu ve diğerinin tamamen geri çekilmesi gerektiği açıktır. Örneğin tiyatro sahnesinde sanatsal motivasyonla gerçekleştirilen insan öldürme eyleminde, failin sözde sanat özgürlüğü ile mağdurun yaşamı arasında artık bir çatışmadan ve dolayısıyla iki menfaat arasında “yumuşak bir denge” arayışından bahsedilemez¹⁹⁹⁴. Sanatçının burada bir sanat hakkı yoktur.

¹⁹⁹⁰ Bu başlık altındaki başlıklandırmalar büyük oranda Céline Martin’in başlıklandırmasını takip etmektedir. Bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69-76. Eleştirilerin birbiriyle bağlantısı böyle bir sıralamayı gerektirdiği için zorlama bir farklılık yaratmakla uğraşmak istemedik.

¹⁹⁹¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 70; Ayrıca Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 320.

¹⁹⁹² Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 70-71.

¹⁹⁹³ Pestalozza, “Kritische Bemerkungen”, 448-449.

¹⁹⁹⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 132.

Geniş kapsam teorisyenlerine göre bu teori, “her şeyden önce, hukuki özgürlük düzeninin yapılandırılması ve temel haklara ilişkin vakaların incelenmesi ile ilgilenen bir yapı teorisi olarak anlaşılmalıdır”¹⁹⁹⁵. Bir davranışın koruma alanında görülmesi henüz bu davranışın “korumaya değer” olarak değerlendirilmesi anlamına gelmez. *Prima facie* hakkın vaat ettiği şey, aslında sadece doğru bir sonuca ulaşma hakkıdır¹⁹⁹⁶.

Dürüst olmamakla eleştirilen geniş kapsam teorisyenleri, dar kapsam teorisinin, belirli eylemleri koruma alanından baştan reddetmesi yöntemini, kendi izlediği yöntem olan çatışan hakları veya anayasal statüdeki değerleri sınırlama düzeyinde ele almaktan daha dürüst bulmaz¹⁹⁹⁷. Geniş kapsam teorisyenleri hilekârlık eleştirisine çoğu kez, *prima facie* hak ile kesin hak arasındaki farkın yeterince dikkate alınmadığı şeklinde karşılık verir¹⁹⁹⁸. Bu durum Alexy’nin yaptığı gibi potansiyel ve gerçek anayasal hak davaları ayrımı ile gösterilebilir¹⁹⁹⁹. Bizzat Alexy’nin açıklamalarıyla bu iki dava türünü tanımlayalım:

“Potansiyel bir anayasal hak davası, anayasal hak argümanlarının tartışılabileceği, ancak bunların oldukça gereksiz olduğu, çünkü sıradan hukuki çözümün anayasaya uygunluğu konusunda hiçbir şüphe içermeyen davalardır. Gerçek bir anayasal haklar davası, anayasal koruma veya korumama konusundaki şüphelerin uygun olması ve dolayısıyla anayasal argümanların gerekli olması gerçeğiyle ayırt edilir”²⁰⁰⁰.

Alexy’ye göre, geniş kapsam teorisine yöneltilen, her konunun anayasal haklara dair düşünülüp gereksiz karışıklığa yol açması eleştirisini böyle bir ayrım karşılayabilir. Sorun şudur ki bir davanın, gerçek veya potansiyel anayasal hak davası mı olduğu her zaman net bir şekilde anlaşılabilir. Yazara göre, eğer bu mümkün olsaydı dar kapsam teorisi benimsenebilirdi. Oysa bu iki dava türü arasında net bir ayırmadan çok, belirliliğe dair derece farkı vardır²⁰⁰¹. Temel hakların korunması veya korunmamasına ilişkin bir kesinlik söz konusu olmadığı için bu ikisi arasında değişken bir sınır vardır. Bu nedenle, tartım içermeyen kriterleri önlemek amacıyla, hak sahiplerinin çatışan

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, 89-90.

¹⁹⁹⁶ *Ibid* 90.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, 90, ayrıca 66.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, 89.

¹⁹⁹⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 321; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 90.

²⁰⁰¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213.

menfaatlerinin tartılması olasılığı açık bırakılmalıdır²⁰⁰². Dar kapsam teorisinin ise, sadece korumanın yokluğunun net olduğu durumda iyi işlediği kabul edilir²⁰⁰³.

Geniş kapsam teorisi, bu şekilde temel hakkın korunması bağlamında “koruma” terimini tartışmalı bir konuma yerleştirir. Çünkü Stemmler’in de belirttiği üzere, anayasa kapsamında, “herhangi bir münferit durumda kesin bir hak haline geleceği düşünülemez olsa bile, potansiyel bir özgürlüğün korunmasını varsaymak inandırıcı değildir”²⁰⁰⁴. Bu nedenle, *koruma alanı düzeyinde* devlet önlemleri ile temel haklara *müdahaleler olarak hakları sınırlayan* devlet önlemleri arasında dogmatik bir ayırım yapmak daha makuldür²⁰⁰⁵. Ancak geniş kapsam teorisinde, böyle bir ayırım tanınmaz²⁰⁰⁶.

Geniş kapsam teorisine yöneltilen “hilekarlık” eleştirisi karşısında, dar kapsam teorisine “dürüstlük” sıfatının atfedilmesinin nedeni, anayasal gerekçe yükümlülüğünü hesaba katmak zorunda olmaksızın kesin anayasal korumayı belirlemesi, yani en baştan itibaren olguları koruma alanının dışında tutmasıdır²⁰⁰⁷. Bu teoride, iki aşamalı hakların yerini tek aşamalı haklara bırakması savunulur²⁰⁰⁸. Geniş kapsam teorisinde ise, sadece *prima facie* koruma artar, fakat ilgili eylem sınırlama düzeyinde koruma alanından dışlanmasıyla (birçok durumda) aynı sonuca varılır²⁰⁰⁹. Geniş ve dar kapsam teorileri arasındaki bu farkı farazi bir örnek ile somutlaştıralım: Kavşakta resim yapma eylemi, dar kapsam teorisi altında değerlendirilebilecek teorilerden biri olan Müller’in nesnel sınırlılık teorisi benimsendiğinde, baştan itibaren sanat özgürlüğünün korumasından dışlanacaktır. Geniş kapsam teorisi benimsendiğinde ise öncelikle bu eylem anayasal hakkın korunması kapsamında kabul edilecek ve ardından bu hakkı sınırlamanın mümkün olup olmadığı, diğer bir ifadeyle, sınırlamanın bir ihlale mi, yoksa haklı müdahaleye mi karşılık geldiği, gerekçelendirme düzeyinde değerlendirilecektir. Nihayetinde, yüksek ihtimalle trafik güvenliğini bozmaya dair yasal bir nedenden ötürü sanatçının trafikte resim yapma hakkının olmadığına karar verilecektir.

²⁰⁰² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 90-91.

²⁰⁰³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 214.

²⁰⁰⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 98.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, 98-99.

²⁰⁰⁷ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 320; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 70.

²⁰⁰⁸ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 70-71.

²⁰⁰⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 70.

Bu örnekteki gibi, gerekçelendirme sonrası koruma dışında kalacak bir eylemin en baştan koruma alanında kabul edilerek sonradan sınırlandırılması, geniş kapsam teorisinin “tutarsızlık ve hilekârlık” ile suçlanmasına yol açar. Zira geniş kapsam teorisi, zorunlu olarak, dar kapsam teorisinin sunduğundan daha fazla temel hak koruması sağlamaz²⁰¹⁰. Her iki teoride de nihayetinde, çoğu durumda resim eylemi, sanat özgürlüğü korumasından yararlanamaz.

Bizce yukarıdaki trafik örneğine dayanarak geniş kapsam teorisine yapılan suçlama yerinde olmayacaktır. Müller’in teorisini ele alırken de açıkladığımız gibi burada pek çok etken devreye girebilir. Anayasal hak, ancak çatışan başka bir hakla (veya anayasal değer ile) değerlendirilerek sınırlandırılabilir. Burada sanat özgürlüğünün koruması en baştan reddedilemez. Dolayısıyla geniş kapsam teorisine yöneltilen “hilekârlık ve tutarsızlık” eleştirisi, çoğu durumda haksızdır. Ancak geniş kapsam teorisinin bu eleştiriyi hak ettiği nadir durumlar vardır. Bu nadir durumlar, bizim de belli kriterler çerçevesinde dar kapsam teorisini takip ettiğimiz durumlara denk gelir.

Stemmler’in belirttiği gibi geniş kapsam teorisinin her zaman koruma kapsamını istisnasız veya sınırsız şekilde anlaması, bu teorisinin adil sonuçlara yol açtığı anlamına gelmez. Bu nedenle, sadece ortaya çıkan çatışmaları çözebilecek kriterler yerine çatışmaktan kaçınmaya yol açacak kriterler üzerinde de düşünülebilir²⁰¹¹. Örneğin tiyatro sahnesinde insan öldürme, başkasının yaşam hakkı üzerinde tasarruf ederek yapılan bir eylem olarak artık sanat özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

Geniş kapsam teorisi yalnızca bir yapı teorisi olarak anlaşılırsa, *prima facie* hak ile kesin hak arasındaki farkı dikkate aldığı için maddi ve hukuki ifadeler her zaman bu yapı teorisi ile ilişkilendirilir. İnsan öldürme eyleminin dahi, yalnızca “başlangıçta” olsa bile, en azından Alman Anayasasının 2’nci maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak temel bir hak olarak talep edilip edilemeyeceği tartışmalı hale gelir²⁰¹². Biz tiyatro sahnesinde insan öldürmenin sanat özgürlüğü hakkı noktasında tartışılmasını, yani bu

²⁰¹⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213. Geniş kapsam teorisine yöneltilen tutarsızlık iddiasına dair sendika kurma özgürlüğü (GG madde 9/2) dair bir örnek için bkz. Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgelalte der Grundrechte?”, 64.

²⁰¹¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 132.

²⁰¹² *Ibid.*, 98.

özgürlüğün kapsamına girip girmeyeceğinin en azından başından itibaren şüpheli kılınmasını kabul etmiyoruz. Burada artık *şiddet yasağı* devreye girer.

Neminem laedere gerekliliği altında da değerlendirilebilecek şiddet yasağı, bu tür eylemlerin koruma alanından dışlanmasına yol açan kriterlerden biridir²⁰¹³. Şiddet içeren eylem gerekçelendirme alanında değil, koruma alanında bir çözüm gerektirir²⁰¹⁴. Dolayısıyla şiddet içeren eylemler, temel özgürlüklerin “koruma alanına içkin sınırlar”dan birini oluşturarak, koruma alanından dışlanır²⁰¹⁵. Ancak bu kriter konusunda, dar kapsam teorisini istisnai olarak kabul etmemizle de tutarlı olarak, çok dikkatli davranmamız ve şiddet yasağına yol açacak “şiddet” kavramını dar bir şekilde yorumlamamız gerekir. Yalnızca kişilerin yaşam veya fiziksel bütünlük, mülkiyet ve hareket özgürlüğüne yönelik doğrudan bir fiziksel zorlama ile zarar görebilecek hukuki çıkarlar mevzubahis olduğunda bu kritere başvurabiliriz. Bunun dışında kalan haysiyet, genel kişisel davranış hakkı veya medeni hukuk iddiaları gibi manevi menfaatler şiddet yasağının dışında kalır²⁰¹⁶.

Şiddet içeren eylemin, koruma talep ettiği hakkın niteliği de bu kritere başvurma noktasında önem teşkil eder. Kişinin yaşamı üzerinde bir şiddet eyleminin hakkın koruma alanına girdiğinin iddia edilemeyeceğini söyledik. Ancak bu kriterin biraz daha değiştirilerek öne sürülmesi gerekir. Çünkü ilgili eylemin koruması altında olduğu iddia edilen hak da önemlidir. Sanat özgürlüğü kapsamında bıçaklama eylemi kabul edilemez. Dolayısıyla anayasal hakların çatışması söz konusu olamayacak iken, yaşam hakkı iddia edildiğinde hukuk düzeninin meşru müdafaa nedeniyle meydana gelen eylemi kabul edebileceğini görürüz. Başka bir ifadeyle, yaşam hakkı için koruma talep eden bir şiddet eylemi doğrudan koruma alanından dışlanamaz²⁰¹⁷. Bu eylem yasa koyucunun da öngörerek düzenlediği gibi sınırlama düzeyinde bir haklılaştırmayı gerektirir. Öyleyse şiddet yasağının dar kapsam teorisini kabul etmek için bir kriter olarak kullanılması hakkın niteliğiyle de alakalıdır.

²⁰¹³ *Ibid.*, 15.

²⁰¹⁴ *Bkz. Ibid.*, 47.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, 48.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, 209.

²⁰¹⁷ Osman Can'ın, “bir saldırı, temel hak sahibinin iradesine aykırı gerçekleştiği ve meşru müdafaa gibi istisnai bir durum değilse, şiddet yasağını ihlal eder ve bu nedenle anayasal olarak meşru değildir” ifadesi de görüşümüzü teyit eder niteliktedir. Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 927.

2. Anayasal Hak Çatışma Sayısının Yüksekliği

Aldatma ve tutarsızlık eleştirisiyle bağlantılı olarak geniş kapsam teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri, koruma alanı “enfasyonu”na²⁰¹⁸ ve bununla bağlantılı olarak da temel hak çatışmalarının yüksek sayısına yol açmasıdır. Üstelik bunun sonucunda anayasa mahkemelerinin (burada FAYM) kapasitesini zorlama tehlikesine de dikkat çekilir²⁰¹⁹. Buna karşın dar kapsam teorisi, başkalarının haklarını etkileyen eylemleri farklı kriterlere başvurarak, koruma alanından ayırır. Böylece olası temel hak çatışma sayısı önemli ölçüde azaltılmış olur²⁰²⁰.

Bu eleştirileri “koruma alanı” ve “müdahale” bağlamında şöyle özetleyebiliriz: Koruma alanı ne kadar geniş anlaşılırsa, devlet tedbirinin müdahale niteliğini alma ihtimali bir o kadar artar. Aksine koruma alanı dar anlaşıldıkça devlet müdahalesinin temel haklarla çatışmaya girme ihtimali o derece düşer²⁰²¹. Çünkü koruma alanı ne kadar geniş tanımlanırsa, ilgili temel hak tarafından çatışmaya yol açabilecek o kadar çok olguyu kapsar²⁰²².

Geniş kapsam teorisine yöneltilen bu eleştiriler, kişiliği geliştirme hakkının sübjektif bir anayasal hak olarak kabulüyle de bağlantılıdır. Tüm hukuk düzenini anayasal hak(laştırma)²⁰²³ ve anayasal hakların genişlemesi suçlamalarını içeren bu eleştiriler, kesin koruma için geçerli olmasa²⁰²⁴ da *prima facie* hak için önemli bir noktaya parmak basar²⁰²⁵. Ancak bu durum, dava sayısının (ve dolayısıyla anayasal hak çatışma sayısının) artmasının olumsuz nitelikte görüleceği anlamına gelmez²⁰²⁶.

²⁰¹⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 331; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 70. Kahl bunu “anayasal şikayetler seli” olarak adlandırır. Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 181. Bu iddia ve değerlendirmesi için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 90.

²⁰¹⁹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 181; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213.

²⁰²⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69.

²⁰²¹ Gören, “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması”, 8.

²⁰²² Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 461; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69. Ayrıca Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 180.

²⁰²³ Bkz. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 90.

²⁰²⁴ Geniş kapsam teorisinin zorunlu olarak daha geniş bir kesin hak korumasıyla sonuçlanmadığını belirtmiştik. Bkz. ayrıca Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213.

²⁰²⁵ *Ibid.*

²⁰²⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 69; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 213; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 90.

Kişiliği geliştirme hakkını incelerken ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere, “anayasal (hak)laştırma” meselesi özellikle usule ilişkin bir tartışma olarak önem taşır. Anayasal bir hakkın (koruma alanının) varlığı reddedildiğinde, bu temel hakkın koruma alanına bir tecavülden de bahsedilemez. Böyle bir varsayım, anayasal hak sahiplerini bu karara karşı kendisini savunma olanağından nihai olarak mahrum bırakacaktır. Çünkü anayasal şikayetler (gerek Almanya’da gerek Türkiye’de), temel bir hakkın koruma alanına²⁰²⁷ bir müdahalenin gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır. Sadece bu, hakkı sınırlama ön koşullarının incelenmesini ve dolayısıyla temel haklara müdahaleyi haklı çıkarmada büyük etkendir²⁰²⁸.

Üstelik geniş ve dar kapsam teorileri arasındaki dogmatik farklılıklar, FAYM üzerindeki yük açısından ciddi bir farkı ortaya çıkaracak şekilde sürece yansımaz. Abartılı bir örnek olarak yine tiyatro sahnesinde oyuncunun sanat özgürlüğünü ileri sürerek insan öldürme için dava açması örneğini ele alalım²⁰²⁹. Mahkemenin bu konudaki “grotesk” anayasal şikayetlerle ilgilenmek zorunda olmasını engelleyecek yeterli anayasal olanak vardır²⁰³⁰. Dolayısıyla bu eleştiri Stemmler’in belirttiği üzere, dar veya geniş kapsam konusundaki tartışma için sağlam bir argümantasyon sunmaz²⁰³¹.

²⁰²⁷ Anayasal hakların koruması yalnızca anayasa şikayeti kapsamında değil, idari yargıda savunma davalarında da usule ilişkin belli etkilere sahiptir. Geniş kapsam teorisinde her tür davranış koruma kapsamında değerlendirildiği için yasanın ihlali dikkate alınır. Çünkü birey devletin ilgili tedbirinden her zaman “etkilenir.” Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96. Bir idari işlemin muhatabı olan temel hak sahibinin ihlal nedeniyle her zaman bir itirazda bulunma hakkına sahip olduğu anlamına gelen “muhatap teorisi” de bu yöndedir. Bkz. *Ibid*.

²⁰²⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 72. Aynı yönde bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96.

²⁰²⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96-97. (Stemmler bu olanakların neler olduğunu açıklamamaktadır.) Müller’in, genelleştirilebilen ilkelere başvurarak dogmatik olarak çözülebilecek görünüşte çatışmalara verdiği bu örneğe (Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 57), daha sonra Rüfner, tartımı ilgilendiren çatışma durumlarıyla değil de basitçe hakkın koruma alanının belirlenmesiyle ilgili durumlardan biri olarak değinmiştir. Rüfner, “Grundrechtskonflikte”, 460. Hem Rüfner’in hem de Müller’in görüşlerinin dar kapsam teorileri altında değerlendirildiği dikkate alındığında iki yazarın da bu olayı neden basitçe başından itibaren koruma alanının dışında gördüğü anlaşılır. Belirtelim ki bu örnek de Reichsgericht’in 1927 yılındaki bir kararı temel alınarak verilmiştir. RG U. vom 28. 2. 1927, AZ.: J 50/26 X 46/26’den belirten Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 57 (dp. 17).

²⁰³⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96. Bkz. bu çalışma dp. 2027. Ayrıca ilgili eleştirilere (hilekârlık iddiasındaki gibi), potansiyel ve gerçek temel hak davaları arasındaki ayımla karşılık verilmektedir. Örneğin Alexy’ye göre, “hiçbir vakanın, dar bir kapsam teorisi ile gerçek (güncel) bir temel haklar vakası haline gelmesi engellenemez”. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 215. Grotesk: “Kaba gülünçlüklerden, tuhaf ve olmayacak şakalaşmalardan yararlanan, karşıt görüntüleri, bağdaşmaz durumları şaşırtıcı biçimde birleştiren güldürü biçimi”. <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 18.06.2022).

²⁰³¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 97.

Sorun yaratan husus, daha ziyade, geniş kapsam teorisyenlerinin tüm temel hakların korunmasını istisnasız bir şekilde ve her zaman sınırlandırma sorunu olarak ele almalarıdır²⁰³². Bu yaklaşımla, yalnızca devlet öncesi doğal bir özgürlük değil de özgürlük *hakkı* olduğu izlenimi yaratan geniş kapsam teorisi bu anlamda sorgulanabilir²⁰³³. Ancak çalışmamızda anayasal sınırları ele alırken ortaya koyduğumuz üzere, temel haklarda güvence altına alınmış özgürlükler artık devlet öncesi olmayan “hukukileştirilmiş” (*verrechtlich*) özgürlüklerdir²⁰³⁴. Sonuç itibarıyla, “ceza hukuku kapsamındaki dar meşrulaştırma durumları dışında, hukukun üstünlüğüne dayalı bir anayasa temelinde, saik ne olursa olsun başka bir kişinin kasten öldürülmesine ilişkin temel bir hak bulunmadığı gerçeği, sıradan ve tartışmasızdır”²⁰³⁵.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, geniş kapsam teorisi, potansiyel ile gerçek hak davaları arasındaki sınırın baştan itibaren belirlenemeyeceği gerekçesiyle dar kapsam teorisini tamamen dışlar²⁰³⁶. Bununla beraber Alexy, eylemin koruma alanı içine girmesi noktasında bir açıklık olsaydı dar kapsam teorisinin çok şey sunabileceğini belirtir²⁰³⁷. Öyleyse hakkın bireysel davalarda kabul edilemez bir şekilde dışlanması riskine yol açmadan, sonucu açık hale getiren soyut kriterlerin aranmasında sakınca yoktur. Bu tür kriterlerin bulunması halinde, somut olay, “gerçek anayasal hak davası” haline gelmeden potansiyel anayasal hak davası olarak kalacaktır. Daha doğrusu artık bir davadan bahsedilemeyecektir. Böylelikle çatışma enflasyonuna dair bir tedbir de alınmış olacaktır²⁰³⁸.

3. Farklılaştırma

Dar kapsam teorisi, olaya özgü, farklı bir çözüm gerektiren çoğu “ara olayı” (*zwischenfälle*) karşılamadığı için esnek olmamakla ve kaba olmakla eleştirilir²⁰³⁹. Bu teoride çözüm, haklardan birinin lehine, diğersinin aleyhine olan “ya hep ya hiç”²⁰⁴⁰

²⁰³² *Ibid.*, 97-98.

²⁰³³ Vurgu yazara aittir. *Ibid.*, 98. Nitekim “anayasal sınırlar” başlığı altında, katıksız bir geniş kapsam teorisi savunucusu olan Alexy’nin görüşlerini eleştirirken bu duruma dikkat çekmiştik. Bkz. dp. 1518.

²⁰³⁴ Vurgu yazara aittir. *Ibid.*

²⁰³⁵ *Ibid.*

²⁰³⁶ *Ibid.*, 99-100.

²⁰³⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 295; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 99.

²⁰³⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 99, 100.

²⁰³⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 74; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 209.

²⁰⁴⁰ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 180; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 74.

çözümüdür: Bireysel dava dikkate alınarak farklı olası çözümlerin üretilmesini, menfaat tartımını veya pratik uyuşumu²⁰⁴¹ mümkün kılacak bir yapı içermez²⁰⁴².

İlgili durumun veya olayın koruma alanına girmesi veya girmemesi ile ilgilenen dar kapsam teorisinde farklılaştırılmış olasılıklara yer yoktur²⁰⁴³. Örneğin, belli bir bölgedeki ciddi bir enfeksiyon nedeniyle o bölgedeki cenaze töreninin yasaklanabileceği rahatça söylenebilir. Peki ya görece düşük bir risk varsa? O zaman bir başkasının, dininin gereğini yerine getirmeye ilişkin anayasal hakkı dışlanacak mı? Böyle düşük bir risk halinde yüksek ihtimalle anayasal hakkın kullanımına izin verilecektir. İşte dar kapsam teorileri, bu tür sorunlar karşısında çok ilkel bir teori olarak kalmakla eleştirilir²⁰⁴⁴.

Dar kapsam teorisinin asıl dayandığı nokta, koruma alanın tartım olmaksızın sınırlamak olduğu için bu teoride “sebeup ve karşı sebeup etkileşimi” (*das Spiel von Grund und Gegengrund*)²⁰⁴⁵ ortaya çıkmaz. Örneğin, kavşakta resim yapma eylemini değerlendirirken belirttiğimiz gibi, söz konusu eylemin anayasal korumadan yararlanamamasının sebebi, sanat özgürlüğüne özgü (spesifik) olmaması değil, fakat trafik güvenliği veya başkalarının seyahat hakkı gibi karşı bir sebeptir. Dar kapsam teorisi bunu spesifik olma kriteriyle belirler²⁰⁴⁶.

“Sebeup ve karşı sebeup etkileşimi”, kararın çatışan menfaatler sonucunda verilmesini ifade eder. Geniş kapsam teorisinde, bir yandan kapsam seviyesinde somut vakanın olumlu yönleri, diğer yandan sınırlama düzeyinde çatışan menfaatler, yeterli ve farklılaştırılmış bir şekilde dikkate alınır²⁰⁴⁷. Böylece geniş kapsam teorisi, dar kapsam teorisinin “içeride veya dışarda” (*in-out*) yaklaşımlarından daha makul olan farklılaştırılmış ve olaya uygun çözümler üretebilir²⁰⁴⁸. Farklılaştırma ile olaya uygun olmadan neyi kastettiğimizi ve farklılaştırma ihtiyacının her zaman geniş kapsam teorisi

²⁰⁴¹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 193.

²⁰⁴² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 74-75. Ayrıca bkz. Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 180.

²⁰⁴³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 212; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 75.

²⁰⁴⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 209.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, 206.

²⁰⁴⁶ Bkz. “Friedrich Müller’in Nesnel (Objektif) Sınırlar Teorisi: Hukuki Nitelik Kaydı ve Anayasal Hakların Çatışması ile İlişkisi” başlığı.

²⁰⁴⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 88.

²⁰⁴⁸ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 193.

savunusu için yetmeyeceğini aşağıda *Sprayer von Zürich* kararını değerlendirirken göstereceğiz.

4. Rasyonellik ve İzlenebilirlik

Geniş kapsam teorisinde, ayrıntılı ölçülülük ilkesine uygunluk kontrolüyle, ilgili tüm tarafların temel haklarının korunmasına dair farklılaştırmalar gerçekleştirilebilir²⁰⁴⁹. Koruma alanının sınırları yalnızca temel hakça korunan menfaat terminolojisi ile tanımlanır²⁰⁵⁰ ve ölçülülük ilkesi, ilgili temel hakkın koruduğu menfaatleri ile temel hakların mümkün olan en yüksek korunması arasında gelişmiş bir denge kurulmasını sağlar²⁰⁵¹.

Dar kapsam teorileri, neredeyse her müdahalenin bu ilkeye başvurulmasıyla haklı gösterilebileceği gerekçesiyle ölçülülük ilkesi ile değer ve menfaat tartımını (*Güter- und Interessenabwägung*)²⁰⁵² çok sert bir şekilde eleştirirler. Tartılacak hukuki değerlerin sırası ve ağırlığı için objektif kriterlerin olmaması, belirsiz ve sorunlu bir hukuki değer tartımı anlamına gelir. Bu nedenle tartımın keyfi ve öznel olma eğilimine dikkat çekerler²⁰⁵³. Nitekim biz de Alexy'nin ilkeler teorisini ele alırken, her hakkın dengelemeye tabi tutulmasının kabul edilemeyeceğini belirtmiştik.

Dar kapsam teorisyenleri, ölçülülük testi bağlamında tartımın yarattığı güçlükleri aşma iddiası taşır²⁰⁵⁴. Zira daraltılmış koruma alanlarını belirleme yöntemi, tartımın yarattığı güçlüklerden kaçınmak zorunda olan bir yorumu gerektirir²⁰⁵⁵. Ancak geniş kapsam teorisyenleri de sınırlama düzeyinde tartım yoluyla çatışma çözümüne karşı yöneltilen eleştirilerin, aynı şekilde dar kapsam teorisyenlerine yöneltilebileceği görüşündedirler²⁰⁵⁶. Yukarıda da ortaya koyduğumuz gibi dar kapsam teorisindeki ciddi

²⁰⁴⁹ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 326; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 70.

²⁰⁵⁰ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 92.

²⁰⁵¹ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 181; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 71. Ayrıca Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 92.

²⁰⁵² Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 183.

²⁰⁵³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 72. Hatta "tartım tuzağı" olarak adlandırılan bu durumun temel hakların incelemesini sezgisel ve mantıksız bir hale getirdiği iddia edilir. Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 180. Ayrıca Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 93.

²⁰⁵⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 72.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, 72-73.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, 73; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 181. Dar kapsam teorilerinin yürüttüğü gizli tartım ve dengeleme için bkz. dp. 1370.

sorunlardan biri, koruma alanlarının genel bir biçimde belirlenememesidir. Çünkü münferit durumlarda koruma alanını belirlemek için gereken farklı olgu türlerinin zenginliği göz önüne alındığında, ister istemez koruma alanında çatışan anayasal hakkın koruduğu menfaatlerinin de dikkate alınması gerekir²⁰⁵⁷. Yani dar kapsam teorisi de çoğu zaman çatışan hukuki değerleri dikkate almaktan kaçınmaz ve bir şekilde tartım yöntemine dahil olur²⁰⁵⁸. Fark ise değerlendirme ve tartımın, sınırlama düzeyinden koruma alanı seviyesine kaydırılmış olmasıdır²⁰⁵⁹.

Dar bir yorum durumunda başvurucular, bir konunun bir hakkın kapsamına girmesi gerektiğini savunarak, incelemeyi, korumanın *sınırlandırılması* konusundaki tartışmalardan *koruma alanının genişletilmesine* kaydıracaktır. Bu durumda örneğin, ifade özgürlüğü için konuşursak, ilgili ifade biçiminin hakkın kapsamına dahil edilmesi gerektiğini ya da Mahkemenin kabul ettiği tanıma uymadığı iddia edilecektir²⁰⁶⁰. Bu açıklamaları, AİHM'nin bir kararı ile somutlaştıralım.

AİHM'nin *Rujak v. Hırvatistan*²⁰⁶¹ kararında başvurucunun, hakkındaki ceza mahkumiyetinin 10. madde kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkına müdahale ettiğine ilişkin başvurusunu, Mahkeme, ilgili ifadelerin herhangi bir koruma gerektirmeyen “hakaretler” olduğu kanaatiyle kabul edilemez bulmuştur²⁰⁶². Başvurucu Hırvat ordusunda bir asker olup ifadeleri nedeniyle kendisine Cumhuriyetin itibarını zedeleme suçundan hapis cezası verilmiştir. AİHM bu başvuruda, saldırgan bir ifadenin tek amacının hakaret olması halinde koruma dışında kalabileceğini ifade etmiştir. Başvurucunun ifadeleri de kaba ve saldırgan bir dil olarak görülmüş ve Mahkeme,

²⁰⁵⁷ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 181; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 73.

²⁰⁵⁸ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 192-193; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 73; Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 74. Örneğin çatışan hakları içkin sınır olarak kabul eden Blaesing, koruma alanı düzeyinde bu sınırı çizmek için münferit durumlarda değer ve çıkarları tartmaya başvurur. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 73-74 (dp. 367). Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 139 vd.

²⁰⁵⁹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 192. Bu noktada Alexy, koruma alanı düzeyinde üçüncü tarafların çatışan çıkarlarını dikkate alan yazarların (örneğin Haerberle), eşitlik veya daha yüksek değer kriterini ve dolayısıyla koruma alanı düzeyinde öncelik ve tartım sorununu değerlendirerek çelişkiye düştüklerine dikkat çeker. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 207.

²⁰⁶⁰ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 77.

²⁰⁶¹ AİHM, *Rujak v. Hırvatistan*, B. No. 57942/10, 2.10.2012.

²⁰⁶² AİHM, *Rujak v. Hırvatistan*, para. 29-30.

başvurucunun “bilgi veya fikir verme”ye çalıştığına ikna olmamış, neticede kabul edilemezlik kararı vermiştir.

AİHM’nin bu kararı dahil olmak üzere dar kapsam teorisini izlediği bazı kararları, bu başlık altında ele aldığımız sebeplerle geniş kapsam teorisyenlerince eleştirilmiştir. Sözleşmenin iki aşamalı haklarda hedeflerine ulaşılabilmesi için, hakkın kapsamının, bir davranış biçiminin mümkün olduğunca bu korumadan yararlanmasını sağlayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği savunulmuştur²⁰⁶³. Van der Schyff’e göre, burada koruma alanından dışlayan kuralın, ne olduğu ve sonraki davalara nasıl uygulanacağı konusunda sorunlar yaşanabilir²⁰⁶⁴. Dar bir yorum izlendiğinde, başvuru, hakkına müdahale edildiğini ispatlamak zorunda kalır. Oysa geniş yorumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önündeki başvuruda, üye devletin (AYM nezdindeki bireysel başvuruda yine Devletin) müdahaleyi gerekçelendirme sorumluluğu vardır²⁰⁶⁵.

AİHM’nin, Sözleşmenin 17’nci maddesindeki hakkın kötüye kullanma yasağına başvurarak bazı davranışları koruma alanı dışında tuttuğu başka kararları da vardır. Sözleşmenin 17’nci maddesine başvurularak, totaliter rejim yanlısı grupların, Sözleşmenin ilke ve değerlerini, Sözleşmede yer alan özgürlükleri ve hakları yok etmek amacıyla kullanmaları, önlenmek istenmiştir. Mahkeme belli ifadeleri özellikle temel iletişim hakları bağlamında, koruma alanından dışlar²⁰⁶⁶. Örneğin AİHM’ye göre; aşırı ırkçı ifadeler²⁰⁶⁷, Holokost inkarı²⁰⁶⁸ ve Yahudi aleyhtarı²⁰⁶⁹ gibi ifadeler ifade özgürlüğünün koruma alanına girmez. Mahkeme “İslam İngiltere’den dışarı-İngiliz

²⁰⁶³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 210 ve 47-48’e atıfla Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 69.

²⁰⁶⁴ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 77.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*, 83. Böylece geniş kapsam yorumu, üye devletlerin insan haklarına saygı gösterme zorunluluğunu vurgular ve bireylerin Sözleşmedeki haklarından serbestçe yararlanabilmesini sağlar. *Ibid.*

²⁰⁶⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 67.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, 68. AİHM, *Jersild v. Danimarka*, B. No. 15890/89, 23.09.1994, para. 35.

²⁰⁶⁸ AİHM, *Lehideux & Isorni v. Fransa*, B. No. 24662/94, 23.09.1998, para. 47. (Bununla birlikte, bu özel davada Mahkeme, AİHM’nin ifadelerini koruma alanından dışlama olarak değil, ifade özgürlüğünün bir kısıtlaması olarak değerlendirmiştir. Para. 38). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 67.

²⁰⁶⁹ AİHM, *W.P. ve diğerleri v. Polonya*, B. No. 42264/98, 2.09.2004, s. 10. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 68.

Halkını Korumu” metninin yazıldığı ve hilal ile yıldızın yasak işaretiyle resmedildiği bir posterin asılmasını ifade özgürlüğünün koruması dışında bulmuştur²⁰⁷⁰.

Bu kararlarda Mahkemenin bir hakkın kapsamının sınırlaması argümantasyonunun, sınırlama aşamasından yorumlama aşamasına geçtiğini²⁰⁷¹ görürüz. Céline Martin, Mahkemenin içeriğe dair değerlendirmeleri ve farklılaşmaları mümkün kılmayan koruma alanı düzeyinde çözüm yerine, geniş kapsam teorisini izlemesi gerektiğini savunur²⁰⁷². Yazara göre, bir ifadenin koruma alanından dışlanması Sözleşmenin 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasının şartlarına uyulmaksızın iletişim süreçlerinin hakların korumasından dışlanması riskine yol açar²⁰⁷³.

Özellikle liberal anlayışın hakim olması gerektiği düşünüldüğünde, AİHM *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında temel iletişim hakları alanında yalnızca olumlu veya kayıtsız olarak kabul edilen bilgi veya fikirlerin değil, aynı zamanda şoke edici, yaralayan veya rahatsız eden ifadelerin de açıkça korunması gerektiğini belirtmiştir²⁰⁷⁴. Böylece AİHM, çoğunlukla olduğu gibi geniş kapsam teorisini izlemiştir²⁰⁷⁵. Nitekim AİHM’nin yukarıda değindiğimiz, dar kapsam yaklaşımını izlediği içtihadı, koruma alanına sınırlama düzeyinde müdahale ettiği önceki içtihadıyla tutarlı değildir. Zira Mahkeme genellikle Sözleşmenin 17’nci maddesindeki hakkın kötüye kullanılması yasağını, sınırlama düzeyinde ele alıp ölçülülük ilkesine ve demokratik bir toplumda sınırlama ihtiyacına göre değerlendirmektedir²⁰⁷⁶.

Biz, ifade özgürlüğünün, kural olarak geniş kapsam teorisi takip edilerek sınırlandırılması gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin politik eleştiri gibi ifadelerin veya hiciv içeren karikatürlerin, hangi durumlarda sanat özgürlüğü kapsamında meşru

²⁰⁷⁰ AİHM, *Norwood v. Birleşik Krallık*, B. No. 23131/03, 16.10.2004. Bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 68.

²⁰⁷¹ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 77.

²⁰⁷² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 71.

²⁰⁷³ *Ibid.*, 72.

²⁰⁷⁴ *Ibid.* Bunlardan bazıları: AİHM, *Handyside v. Birleşik Krallık*, B. No. 5493/72, 7.12.1976, para. 49; AİHM, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya*, B. No. 13470/87, 20.09.1994, para. 49; AİHM, *Lehideux & Isomi v. Fransa*, para. 55; AİHM (Büyük Daire), *Von Hannover v. Almanya*, B. No. 59320, 24.06.2004, para. 58. Kararlara atf yapan Martin, *Grundrechtskollisionen*, 72; Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 69.

²⁰⁷⁵ Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 70.

²⁰⁷⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 71. Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 70 ise zamanla genel olarak geniş kapsama kaysa da AİHM’nin geniş kapsam teorisinde ısrarcı olmadığına dikkat çeker.

olacağını en baştan belirlemek mümkün değildir. Özellikle kayıtsız anayasal hakların mevzubahis olduğu bu tür çatışmalarda, kişilik hakkı amaçlanarak ve kasıtlı olarak ihlal edilmiyorsa yani hakkın kötüye kullanımı tespit edilemiyorsa, aşağıda ayrıntılarıyla ele alacağımız, FAYM'nin *Mephisto* kararında ana hatlarını çizdiği menfaatlerin tartımı gibi bir çözüm yöntemine başvurulabilir²⁰⁷⁷. Ancak burada önemli bir hususa değinmek isteriz. Geniş kapsam teorisyenlerin, dar kapsam teorisyenlerini gizli tartım yapmakla suçladığını yukarıda belirtmiştik. Bu eleştiri her durumda haklı değildir. Örneğin, tamamen hakkın niteliğinden yola çıkarak bir kriter ortaya koyan dar kapsam teorisi bu eleştiriye haksız çıkaracaktır. Çünkü çatışan haktan veya menfaatten bağımsız olarak bir kriter bulmuş demektir. Ancak gizli tartımın yapıldığı eleştirisinin haklı çıktığı bazı noktalar gerçekten de vardır. Bunlar tam da AİHM'nin yukarıda değindiğimiz haklarıyla beraber ele alınabilir. Bunun için öncelikle “**kategorik dengeleme**” (tanımsal dengeleme) kavramını ele almamız gerekir.

Doktrinde geçici (*ad hoc*) dengeleme ve kategorik dengeleme (tanımsal dengeleme, *definitional balancing*) şeklinde iki ayrı dengeleme türünden bahsedilir²⁰⁷⁸. Tanımsal dengeleme²⁰⁷⁹ içeriğiyle de bağlantılı olarak kural dengelemesi (*rule-balancing*)²⁰⁸⁰ veya kategorik dengeleme (*categorical balancing*)²⁰⁸¹ olarak da adlandırılır. Çalışmamızın devamında ayrıntılarıyla ele alacağımız dengeleme türü, geçici dengelemedir. Bahsettiğimiz kararlarla da bağlantılı olarak, kategorik dengelemeyi açıklamak için ise bu başlığın uygun olduğunu düşünüyoruz.

Genel olarak açıklamak gerekirse kategorik dengelemenin, uygulamanın maddi bir anayasal ilkesini oluştururken, geçici dengelemenin kendisinin bir anayasal ilke olduğu kabul edilir²⁰⁸². Özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne²⁰⁸³ ilişkin kararlarıyla ortaya çıkmış olan kategorik dengelemede,

²⁰⁷⁷ Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 922.

²⁰⁷⁸ Bkz. T. Metadata Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal* 96, no. 5 (1987): 946; Melville B. Nimmer, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, *California Law Review* 56, no. 4 (August 1968): 944; De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 20.

²⁰⁷⁹ Nimmer, “The Right to Speak from Times to Time”, 944.

²⁰⁸⁰ Patrick M. McFadden, “The Balancing Test”, *B.C.L. Rev.* 29 (1988): 598.

²⁰⁸¹ Murk Tushnet, “An Essay on Rights”, *Texas Law Review* 62, no. 8 (May 1984): 1372.

²⁰⁸² Aleinikoff, “Age of Balancing”, 948.

²⁰⁸³ Amerikan Anayasası Birinci Değişikliğe göre, “Kongre, ... ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan ... herhangi bir yasa yapmayacaktır.” <https://tr.usembassy.gov/wp->

çatışmalarda genel uygulama alanı bulacak maddi bir anayasal ilke tesis edilir²⁰⁸⁴. Bununla kastedilen, bazı koşullar altında veya belirli bir durumda, çatışan menfaatlardan hangisine üstünlük verileceğine dair verilmiş bir dengeleme ilkesidir²⁰⁸⁵. Bu dengeleme türünde hakim, bir hakkı diğerine tercih etmesindeki nedenleri eldeki belirli davayla sınırlı olmayacak şekilde sunar. Böylece aynı çatışmanın gelecekte tekrarlanacak davalarına da uygulanacak üzere bu dengeleme muhakeme değerlendirmelerine dahil edilir²⁰⁸⁶.

Kategorik dengelemede, geniş bir şekilde tanımlanmış vaka kategorisi çerçevesinde çatışan menfaatler karşılaştırılır²⁰⁸⁷. Çatışma durumu değerlendirilirken hakka yapılan müdahalenin daha önceki içtihatlarla belirlenmiş kategorilere dayanan sınıflandırmaya girip girmediği değerlendirilerek karar verilir²⁰⁸⁸. Buna dayanarak Amerikan Yüksek Mahkemesinde, bir menfaatin diğerine ağır basmasından söz edilir. Bu tartımda, terazide ağır gelen menfaat lehine hükmedilir²⁰⁸⁹.

Kategorik dengelemeye Amerikan Yüksek Mahkemesinin *New York v. Ferber* davası örnek verilebilir²⁰⁹⁰. Bu kararda Yüksek Mahkeme, 16 yaşından küçük çocukların cinsel performansa teşvik edilmesini yasaklayan müstehcenlik kanununu Anayasa uygun bulmuştur. Karara konu olayda, bir kitapçı olan Paul Ferber, genç çocukların cinsel eylemlerini içeren bir filmi sattığı için bu yasaya dayanarak tutuklanmıştır. Yüksek Mahkemeye göre “(yasa tarafından) sınırlandırılan kötülük ..., eğer varsa, ifade

content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf (erişim tarihi: 23.02.2022). Bu hükmün ifadesinden ifade özgürlüğünün mutlak olarak korunduğu anlaşılır. Ancak Yüksek Mahkeme hükmü yorumlayarak hakaret veya nefret söylemleri içeren ifadelerin bu korumadan yararlanmadığını kabul etmiştir. Mutlakçı ya da kategorileştirmeci görüş denilen görüş ile *ad hoc* dengelemeyi savunan görüş arasındaki çatışmanın konusu da bu olmuştur. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 176. Ayrıca bkz. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 141; Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 470; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 180.

²⁰⁸⁴ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 72-73; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 175-176.

²⁰⁸⁵ Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 101; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 73.

²⁰⁸⁶ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 20.

²⁰⁸⁷ Tushnet, “An Essay on Rights”, 1372.

²⁰⁸⁸ Kathleen M. Sullivan, “Categorisation, Balancing and Government Interests”, içinde *Public Values in Constitutional Law*, ed. Stephen E. Gottlieb (Michigan: University of Michigan Press, 1993), 241; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 73; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 177.

²⁰⁸⁹ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 946.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

çıklarlarından ezici bir şekilde daha ağır basar”²⁰⁹¹. Dolayısıyla bu kararda Yüksek Mahkeme, bir yetişkinin cinsel içerikli materyallerden yararlanma hakkını çocukların korunmasındaki devlet menfaati ile dengelemiş ve ikincisinin daha önemli olduğunu tespit etmiştir²⁰⁹².

Mahkeme çocuk pornografisinin yasaklanmasının, ifade özgürlüğüne müdahale olmakla beraber, “küçüğün fiziksel ve psikolojik iyiliği”nin korunmasına ilişkin Devletin zorlayıcı yararı nedeniyle Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir²⁰⁹³. Çocukları cinsel istirmardan korumanın önemine değinen Mahkeme, bunun, cinsel eylemleri içeren filmlerle de yakından bağlantılı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla hükümetin, bu tür materyallerin yasaklanmasıyla yaptığı, çocuk istismarı ile mücadele etmektir. Mahkeme bu tür ürünlerin, çocuk pornocularını teşvik ettiğini ve bu anlamda hiçbir sanatsal değerinin olmadığını da belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, çocuk pornografisini Birinci Değişiklik’e istisna oluşturan ayrı bir kategori olarak değerlendirdiği için, 1973 yılındaki *Miller v. California* kararında geliştirdiği müstehcenlik testine başvurmamıştır²⁰⁹⁴. Böylece çocuk pornosunun dağıtımının Birinci Değişikliğin koruma altına girmeyeceği şeklinde üretilen anayasal ilke dikkate alınacak ve sonraki davalarda ek bir dengelemeye başvurmaksızın karar verilecektir²⁰⁹⁵.

Hakların önemini dengelemekten ziyade, hakkın kapsamının belirlenmesi sürecini içeren kategorik dengeleme²⁰⁹⁶, hakkın kapsamını önceden belirlediği için belirlemeci yaklaşıma benzetilir²⁰⁹⁷. Belirlemeci yaklaşımın dar kapsam teorisi altında değerlendirilebileceğini açıklamıştık. Şimdi de kategorik dengelemeyi, dar kapsam teorisi

²⁰⁹¹ U.S. Supreme Court, *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), 763-764. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/747/> (erişim tarihi: 14.05.2022).

²⁰⁹² Justia Opinion Summary and Annotations, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/747/>.

²⁰⁹³ “... State’s interest in ‘safeguarding the physical and psychological wellbeing of a minor’ is ‘compelling’.” 458 U.S. 756, 747.

²⁰⁹⁴ 458 U.S. 756, 756-757.

²⁰⁹⁵ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 948.

²⁰⁹⁶ Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 77.

²⁰⁹⁷ Petersen, *Proportionality and Judicial Activism*, 57; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 75.

yaklaşımı izlenerek verildiği için eleştirilen kararların altında veriyoruz. Dolayısıyla belirlemeci yaklaşıma benzetilmesi normaldir.

Bununla beraber, doktrinde kategorik dengelemeye, örtülü bir dengeleme anlayışının sindiği²⁰⁹⁸ savunulur. Bu da sürecin, kategorik de olsa neden “dengeleme” olarak adlandırıldığını bize gösterir. Bu görüşün neden savunulduğunu anlayabiliyoruz. Zira her ne kadar hakların tartımından söz edilmemiş olsa da örneğin, *New York v. Ferber* kararında Yüksek Mahkemenin, bir yetişkinin cinsel içerikli materyallerden yararlanma hakkını, çocukların korunmasındaki devlet menfaati ile dengelediği ve ikincisinin daha önemli olduğunu tespit ettiği iddia edilebilir²⁰⁹⁹. Bunu biraz daha açmak gerekirse; bu tür davalarda iki haktan hangisinin korunmasının önemli olduğuna karar verilmektedir. Dolayısıyla bizce bir tarafın diğerine baskın gelmesi anlamında, “zihinde işleyen bir dengeleme” sürecinden bahsedilebilir. Biz yalnızca, “bir tarafın diğer tarafa baskın gelmesi anlamında” bir dengelemeyi anlıyoruz. Yoksa esasen burada kategorik bir dışlama vardır. Bir eylemin veya durumun artık ilgili hakkın kapsamında kabul edilemeyeceği sonucuna, amaçsal veya tarihi–genetik yorum takip edilerek de varılmış olabilir. Bu süreç öyle hızlı ve kendinden emin gerçekleşmektedir ki, geçici dengeleme yönteminden beklenen, çatışan iki hakka dair birçok unsuru hesaba katıp ve bunları “tartıp” bir sonuca varmak gibi bir süreçten, burada söz edilemez.

Netice itibarıyla, literatürü takip ederek kategorik dengeleme olarak adlandırdığımız bu süreç, gelecekteki davalara doğrudan uygulanacak bir kural üretmekle, geçici dengelemeden bir kesinlik vaad etmesi noktasında ayrılır²¹⁰⁰. Mahkeme zaten belli bir eylemi koruma alanından kategorik olarak dışlamış olduğu için sonraki davalarda artık tartıma gerek kalmayacaktır.

Yeniden kategorik dengeleme ile dar kapsam teorisi arasındaki ilişkiye dönersek; dar kapsam teorisinin sınırlama düzeyinde bir gerekçelendirme yapmaması, bu teoriyi izleyen yaklaşımların davranışları koruma alanından dışlarken haklılaştırmak zorunda olmadığı anlamına gelmez. Elbette hakimin ilgili eylemi neden en başta koruma alanında tuttuğu ve bu nedenle söz konusu hakkın ihlalinin mümkün olmadığını açıklaması

²⁰⁹⁸ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 76.

²⁰⁹⁹ Justia Opinion Summary and Annotations, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/747/>.

²¹⁰⁰ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 979.

gerekir²¹⁰¹. Dolayısıyla dar kapsam teorisyenleri de bireysel duruma uygun rasyonel gerekçe sunmak zorundadırlar. Yalnızca burada tartım yöntemine değil²¹⁰², yukarıda da belirttiğimiz gibi yoruma başvuru söz konusudur²¹⁰³.

Esas eleştiri, bu gerekçelendirmenin geniş kapsam teorisinin vaat ettiği kadar rasyonalite ve şeffaflık içermediği şeklindedir. Dar kapsam teorisinin getirdiği kategorik koruma reddi, ikinci aşamada hak lehine dikkate alınacak bazı unsurların tanınmasını engelleme ve böylelikle kişileri keyfi olarak dezavantajlı duruma getirme riski doğurmakla eleştirilir²¹⁰⁴. Kategorik dengeleme kararları için belirtirsek; bu eleştirilere göre ifade ve toplanma özgürlüğü, hakim olan sosyal veya etik görüşlere uymasının beklenmesi gibi²¹⁰⁵ ifadelerin içeriğine göre değil; ancak başkalarının çatışan haklarını koruyacak bu prosedürü haklılaştıracak spesifik ceza normlarına²¹⁰⁶ dayanılarak kısıtlanabilir²¹⁰⁷. Martin’e göre üçüncü taraflara yönelik en ağır ifadeler dahi, ifade ve toplanma özgürlüğünün koruma alanında kabul edilmeli, ancak sonrasında ceza hukuku normlarına dayanarak korumadan dışlanabilmelidir²¹⁰⁸. Bu nedenle, örneğin eşcinselleri küçük düşüren bir posterin taşınması polis tarafından yasaklanamamalı²¹⁰⁹ veya sağcı aşırılık yanlısı toplanmalar da koruma kapsamında kabul edilmelidir²¹¹⁰.

Céline Martin’in eleştirdiği kararlardan olan *Holokost* kararı kategorik dengelemenin bir örneği olarak değerlendirilebilir²¹¹¹. Hazar’ın deyimiyle, “Mahkemenin kategorik dengelemeye ilişkin yaklaşımının şekillenmesinde en etkili başvurular, ırksal, etnik ve dini nefret söylemlerini bünyesinde birleştiren ve ‘Holokost’u inkar davaları’ olarak isimlendirebileceğimiz başvurulardır”²¹¹². Biz bu kararların ayrıntılarına

2101 Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 100.

2102 *Ibid.* Ayrıca Can, ““Neminem-Laedere-Gebot””, 921.

2103 Can, ““Neminem-Laedere-Gebot””, 921.

2104 Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 77.

2105 BVerfGE 111, 147 (156) (*Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot*).

2106 BVerfGE 111, 147 (156).

2107 Martin, *Grundrechtskollisionen*, 77.

2108 *Ibid.*

2109 *Ibid.*, 78.

2110 *Ibid.*, 77.

2111 Bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 202 vd.

2112 *Ibid.*, 204.

girmeyeceğiz. Bizim için önemli olan husus, Mahkemenin belli bir ifadeyi, örneğin Holokost inkarını AİHS'in 10'uncu maddesinden yani norm alanından çıkarmasıdır²¹¹³.

Biz çok istisnai durumlarda, Mahkemenin önceki içtihatlarıyla ortaya koyduğu kuralı uygulayarak, artık belirli ifade ve davranışların koruma alanı dışında tutma kararı vermesinde sakınca görmüyoruz. Örneğin *Lehideux ve Isorni v. Fransa*²¹¹⁴ kararında AİHM, tartışmalı tarihi konuları incelemenin kendi görevi olmadığını belirtmekle beraber, “-Holokost gibi- açıkça belirlenmiş tarihsel olgular”ın Sözleşmenin 10'uncu maddesinin koruması dışında kalacağını belirtir. Böylece Mahkeme Holokost inkarını içeren herhangi bir ifadenin çatışma oluşturabilecek hallerde korunmayacağına dair bir *dengeleme kuralı* türetmiştir²¹¹⁵. Biz bu yaklaşımı rasyonellikten uzak veya keyfi olarak görmüyoruz. Mahkemenin, Doğu Perinçek'in Ermeni soykırımını “uluslararası bir yalan” olarak tanımladığı açıklamaları nedeniyle İsviçre'de hakkında verilen ceza nedeniyle yaptığı başvuruda *Lehidoux* kararında geliştirdiği içtihadı uygulamayıp, *ad hoc* dengelemeye başvurması da bunu gösterir²¹¹⁶. Çünkü Mahkeme, Perinçek'in açıklamalarının Sözleşmenin 17'nci maddesi çerçevesinde “açıkça belirlenmiş tarihsel olgu”lardan olup olmadığını değerlendirerek, Perinçek'in ifadesinin koruma alanında olup olmadığını belirlemiştir²¹¹⁷. Dolayısıyla bizce nihayetinde 10'uncu maddeye aykırılık tespit eden Mahkeme bu kararında, kendi oluşturduğu kurala sıkı bir şekilde uymuştur.

AİHM'nin içtihadına benzer bir şekilde, FAYM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin olarak (GG madde 5/1 cümle 1) kriter oluşturduğu içtihatları vardır. Mahkemeye göre, kanıtlanmış veya kasıtlı olarak yanlış nitelikteki olgusal iddialar, diğer yargıları ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olsalar veya fikirlerin oluşması için bir ön koşul olsalar bile, ifade özgürlüğünün nesnel korumasına girmezler²¹¹⁸. Çünkü “yanlış bilgi

²¹¹³ *Ibid.*, 207.

²¹¹⁴ AİHM, *Lehideux & Isorni v. Fransa*, para. 47. Karara konu sürece dair bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 207-210.

²¹¹⁵ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 211. Vurgu yazara aittir. Nitekim 2003 yılındaki *Graudy v. Fransa* kararında (*Inadmissibility Decision in the Case of Garaudy v. France*) da Mahkeme türetmiş olduğu bu dengeleme ilkesine başvurmuştur. *Ibid.*

²¹¹⁶ *Ibid.*

²¹¹⁷ AİHM, *Perinçek v. İsviçre*, B. No. 27510/08, 15.10.2015, para. 216. Dikkat çeken Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 216.

²¹¹⁸ BVerfGE 54, 208 (219) (*Böll*); BVerfGE 103, 44 (59-60) (*Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II*). Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 171. Bu kararlar, aşağıda ele

korunmaya değer bir menfaat” değildir²¹¹⁹. Bunun dışında diğer tüm olgusal iddialar, daha sonra yanlış olduklarını kanıtlanabilir bile, temel hakların korunması kapsamında kabul edilir²¹²⁰.

Bu kriter yalnızca gönderen için değil, aynı zamanda alıcı için de geçerlidir. Bu nedenle FAYM yanlış kaynaklara erişimi de bilgi özgürlüğünün (GG madde 5/1 cümle 2) koruma alanından çıkarır²¹²¹. Böylelikle Mahkeme, bazı davranışları baştan itibaren Alman Anayasasının 5’inci maddesinin birinci fıkrasının koruma alanından dışlayarak, koruma alanı düzeyinde değerlendirmeler yapar²¹²². FAYM içtihatlarına göre hukuka aykırı bilgi edinme, ifade özgürlüğü veya basın özgürlüğü gibi temel hakların korunmasından yararlanamaz. Ancak hukuka aykırı şekilde elde edilen bilgilerin yayılması, 5’inci maddenin birinci fıkrasının korunması altında kabul edilir²¹²³.

FAYM’nin, dar kapsam teorisi yönünde aldığı diğer kararlarını aşağıda değerlendireceğiz. Biz önceki içtihatlardan yola çıkılarak bir kriterin belirlenmesi ve bu kritere sıkı bir şekilde uyulması durumunda hakların çatışmasının çözümü için bir sorun görmüyorsak da bu yöntem geniş kapsam teorisyenlerince eleştirilir. Örneğin dengelemeye temkinli yaklaşan Aleinikoff yukarıda örnek olarak verdiğimiz *New York v. Ferber* kararına istinaden şu soruyu sorar: “Ya bir başka çocuk pornosu davasında çocuklara daha az zarar verildiği iddiası varsa?” Yazara göre bu ihtimal, hem tanımsal dengenin kırılmasını hem de tanımsal dengeleme ile geçici dengeleme arasındaki sahte ayrımı gösterir. Yeni durumlar, yeni menfaatler ve dolayısıyla eski menfaatler için farklı ağırlıklar getirir. Her defasında dengeleme süreci yeniden açılır ve böylece her dava yeni bir geçici dengelemeye dönüşür²¹²⁴.

alacağımız güvence alanı teorisyenlerinin, FAYM’nin maddi ve yaşam alanları ile güvence alanı arasında ayrım yaptığına dair verdikleri örneklerdendir. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 65.

²¹¹⁹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 171.

²¹²⁰ BVerfGE 99, 185 (197) (*Scientology*). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 65. Bu karar da güvence alanı teorisyenlerinin, FAYM’nin maddi ve yaşam alanları ile güvence alanı arasında ayrım yaptığına dair verdikleri örneklerdendir. *Ibid.*

²¹²¹ BVerfGE 54, 208 (219). Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 171.

²¹²² Bkz. BVerfGE 54 208 (219). Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 108.

²¹²³ BVerfGE 66, 116 (137-138) (*Springer/Wallraff*). Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 108-109.

²¹²⁴ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 980-81.

Bizce Aleinikoff'un bu uyarıları, bizim çok net ve istisnai durumlarda bu yöntemle başvurulması gerektiği yönündeki görüşümüzü teyit eder. Biz bunu, AİHM'nin *Doğu Perinçek* başvurusunda *Lehidoux* kararında geliştirdiği kurala değil de geçici bir dengelemeye başvurduğunu belirterek izah etmiştik. Çocuk pornosu konusuna gelince "çocuk porno"su olarak kabul edilen bir içeriğin artık daha az veya daha çok zarar verdiğinin tartışılmasına gerek olmadığını düşünüyoruz. *New York v. Ferber* kararına istinaden söylersek Mahkeme, açıkça çocuk pornosuyla çocukları cinsel istismardan korumak için mücadele edildiğine ve bunun kategorik olarak Anayasanın korumasının dışında olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, Aleinikoff'un iddia ettiği gibi önüne gelen her davada çocuk pornosunun ne kadar az veya çok çocuklara zarar verdiğini değil, ilgili filmin çocuk pornosu içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verecektir. Dolayısıyla yeniden, yargısal karar vermenin ayrılmaz bir parçası olan "yorum" konusunun bağlantısını görüyoruz.

Céline Martin, sert pornografinin de ifade özgürlüğünün koruma alanında olup ancak Alman Ceza Kanunu (madde 197) tarafından sınırlama düzeyinde yasaklandığına ve FAYM'nin ifade özgürlüğünün içeriğinden bağımsız olarak her türlü ifade biçiminin korunduğunu kabul ettiğine dikkat çeker²¹²⁵. Aşağıda değineceğimiz üzere, FAYM, pornografik bir romanın sanatsal nitelikten yoksun olmayıp sanatsal özgürlüğün korumasından yararlandığı görüşündedir²¹²⁶. Özellikle çocukların ve gençlerin korunması anlamında çatışan anayasal değerleri korumaya yönelik tedbirler ancak ilgili temel hak konumlarının tartışılmasını gerektirir²¹²⁷. Küçükler için zararlı edebi eserlerin satışı ancak sanatsal özgürlük ve reşit olmayanların korunması tartışılarak kısıtlanabilecektir²¹²⁸.

Sonuç olarak geniş kapsam teorisyenlerine göre, koruma alanlarının daraltılması, sözde tartım içermeyen kriterler ile işler ve sürecin şeffaflığını bozar²¹²⁹. Terimlerin tanımı, koruma alanının münferit durumuna atıfta bulunarak belirsiz, hatta keyfi hale gelir²¹³⁰. Hakkın içeriği ve uygulanabilirliği belirsiz, yazılmamış diğer kriterlere

²¹²⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 78.

²¹²⁶ BVerfGE 83, 130 (138).

²¹²⁷ BVerfGE 83, 130 (143).

²¹²⁸ BVerfGE 83, 130 (146).

²¹²⁹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 88-89.

²¹³⁰ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 182; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 73.

dayandığında, yasal kesinlik ve öngörülebilirlik hususlarında gerekçelendirmede önemli açıklar ortaya çıkar²¹³¹. Bununla beraber sınırlama düzeyinde bir muhakeme, kararın hukuki şeffaflığını, öngörülebilirliğini ve kontrol edilebilirliğini, dolayısıyla daha fazla rasyonaliteyi sağlar²¹³². Devletin müdahalesinin ölçülebilirliği ve gerekçelendirilmesi geniş kapsam teorisine özgüdür²¹³³. Bu özellik, hukuki alana dair prosedürel güvenceler sağlamak noktasında da geçerlidir²¹³⁴. Genel kararlar yerine, özellikle temel hak çatışmaları durumunda merkezi bir rol oynayan, uyarlanabilir ve esnek bireysel adalet elde edilebilir²¹³⁵. Bireysel adalet gerekliliği olarak ölçülülük ilkesi ile tartım çalışmamızın devamında ele alacağız. Ancak burada, şimdiden şu soruyu sormamız gerekir: Ölçülülük ilkesi ve tartım yöntemi kusursuz mudur?

Geniş kapsam teorisinin sonucunda başvuru tartım yöntemi eleştirilerden azade değildir ve biz aşağıda dengeleme yöntemini incelerken bu eleştirileri ele alacağız. Her ne kadar, münferit duruma göre ölçülülük incelemesinin ve sınırlama düzeyinde tartımın, bazı açılardan rasyonel ve bağlayıcı standartlardan yoksun olduğu kabul edilse de, koruma alanındaki daralmanın bu tehlikelere alternatif bir çözüm sunamayacağı iddia edilir²¹³⁶. Nihayetinde temel hak sahibinin bireysel haklarının ve başkalarının çatışan menfaatlerinin düzenli olarak karşılaştırılması, tahmin edilebilir ve anlaşılır bir gerekçelendirmeyi açıklamak için dar kapsam teorilerinden, temelde daha uygundur²¹³⁷.

Gerek “dar kapsam teorileri” başlığında, gerek için sınır teorilerini ele alırken yaptığımız açıklamalar ve gerekse de dar ve geniş kapsam teorisini karşılaştırdığımız bu başlıktan anlaşılacağı üzere, biz kural olarak geniş kapsam teorisinin, temel hak ve özgürlüklerin yapısına daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Dar kapsam teorisi altında değerlendirilebilecek bazı görüşleri inceleyip neden kabul edemeyeceğimizi izah ettik. Ancak geniş kapsam teorisini de istisnasız olarak kabul etmediğimizi “anayasal sınırlar” başlığı altında açıkladık. İşkence yasağı gibi mutlak olarak korunan haklar için de

²¹³¹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 192, 194-96; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 73.

²¹³² Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 189-90; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 182.

²¹³³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 89.

²¹³⁴ *Ibid.*

²¹³⁵ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 193; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 75. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 92.

²¹³⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 74.

²¹³⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 65, 93.

Alexy'nin ilkeler teorisini reddederken bir yandan da bu haklara geniş kapsam teorisinin uygulanmaması gerektiğini göstermiş olduk.

Biz hakkın kötüye kullanımına dayanarak²¹³⁸ dar bir kapsam teorisinin uygulanmasını kabul ediyoruz. Ancak bu çok istisnai olarak başvurulacak bir durumdur. Bunun yanı sıra, genel bir içkin sınır kaydı olmamakla beraber münferit durumlar için uygulanabilecek bazı kriterlerle dar kapsam teorisinin izlenebileceğini de aşağıda Stemmler'in görüşleriyle beraber ele alacağız. Keza farklı yorum yöntemlerine başvurarak da Mahkeme, anayasal hakkın koruma alanını kısıtlayıcı bir şekilde yorumlayabilecektir. Bu noktada ilgili hakkın karşısındaki hakkın göz önünde tutulması, Mahkemenin mutlaka tartıma başvurmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla geniş kapsam teorisini savunmak da bizi zorunlu olarak tartım yöntemine götürmeyecektir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bunları açıklayacağız. Ancak öncesinde, FAYM'nin dar kapsam teorisi yaklaşımını izlediği ve bu başlıkta değindiklerimizle sınırlı olmayan kararlarından yola çıkılarak ileri sürülen dar güvence alanı teorisini inceleyeceğiz.

B. DAR GÜVENCE ALANI TEORİSİ

Dar güvence alanı teorisi, geniş kapsam teorisine yöneltilen eleştirilerden yola çıkar ve ona alternatif olarak sunulur. Ayrıca bu teorinin, dar kapsam teorisine bir dönüşü mü temsil ettiği, yoksa nitelik olarak ondan farklı mı olduğu da tartışmalıdır. Bu nedenle, bu başlık altında, dar güvence alanı teorisinin ortaya çıkış nedenlerini ve içerdiği hususları ele alırken kapsam teorilerine dair son değerlendirmemizi de yapmış olacağız.

1. Dar Güvence Alanı Teorisinin Ortaya Çıkış Nedenleri

Dar güvence alanı teorisinin Federal Almanya'da ortaya çıkışının iki önemli temel nedeni vardır.

Alman Anayasasının 2'nci maddesinin birinci fıkrasına ilişkin içtihatla, anayasal olarak korunan faaliyetlerin geniş kapsamlı kabul edilmesi, koruma alanı sınırlamaları sorununun Alman hukukunda daha yoğun tartışılmasının ve güvence teorisinin ortaya

²¹³⁸ Ayrıca, anayasal hak sahibinin, hakkın gerektirdiği bir zorunluluk olmamasına rağmen, yalnızca tehlike oluşturmak amacıyla hakkını kullanması, diğer deyişle hakkını kötüye kullanımı yasağını hakka içkin kabul eden görüş için bkz. Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 156.

çıkışının *nedenlerinden biri* olmuştur²¹³⁹. Yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere²¹⁴⁰, *Elfes* kararından²¹⁴¹ bu yana bu madde, genel eylem özgürlüğü olarak kabul edilir. Bu kabul ise, içtihat hukukunun, kayıtsız anayasal hakların yalnızca çatışan anayasal değerlerden ötürü kısıtlanmasının haklılaştırılabileceği şeklinde oluşturduğu koruyucu etkisini zedelemekle eleştirilir²¹⁴².

Anayasal hakların koruma alanlarını dar bir şekilde tanımlama eğiliminin *ikinci bir nedeni*, müdahale kavramının zarar vermeye kadar yayılmasıdır. Şöyle ki bir devlet tedbiri, hakkın ihlali olarak nitelendirildiğinde hakkın koruyucu etkisi keyfi olumsuz etkilere kadar uzanabilecektir. Diyelim ki üçüncü bir kişinin hak kullanımına zarar veren ve herhangi bir özel anayasal hak normunun kapsamında değerlendirilemeyecek bir eylemden söz ediyoruz. Bu eylem 2’nci maddenin birinci fıkrasının yorumu nedeniyle subjektif bir anayasal hak olarak korunabileceği için bu eylemden ötürü üçüncü kişinin hakkına zarar verme halinin sürdürülmesi ihtimali vardır. İşte dar güvence alanı teorisyenlerinin, hakkın koruyucu etkilerinin keyfi olumsuz müdahalelere kadar dahi uzanabileceğini belirtirlerken kastettikleri bu ihtimaldir²¹⁴³.

Dar kapsam teorisyenleri, 2’nci maddenin birinci fıkrasının bu geniş yorumu nedeniyle, geniş koruma alanlarının kaçınılmaz olarak geniş sınırlamalara da yol açacaklarını ifade ederler. Bu nedenle de geniş kapsam teorisyenlerini, anayasal hakların korunmasını zayıflatmakla, hakları önemsizleştirmek ve özgürlükleri azaltmakla suçlarlar²¹⁴⁴. Bu görüşten yola çıkan dar kapsam savunucuları, koruma alanına sınır çekerek, bu genişlemeye karşı koymayı amaçlarlar²¹⁴⁵.

²¹³⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63.

²¹⁴⁰ Bkz. “Kişiliği Geliştirme Hakkında Yer Alan Sınırlama Üçlüsünün Diğer Temel Haklara Teşmili” başlığı.

²¹⁴¹ GG madde 2/1 için geliştirilen çeşitli teorilere yakınlık içeren güvence alanı teorisi savunucuları *Elfes* doktrinin vazgeçilebilirliğini savunurlar. Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 182.

²¹⁴² Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 172; Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 64.

²¹⁴³ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 70; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 64.

²¹⁴⁴ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 182-183. Webber de hak tanımındaki bu “cömert”liğin, haklılaştırılmış birçok hak ihlalini teşvik ettiğini belirtir. Çünkü haklar çıkarlara indirildiğinde, sonuç bu hakların başka çıkarlar tarafından mağlup edilmesidir. *Ibid.*, 122. Ayrıca Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 54, 55. Daha ayrıntılı bir açıklama için bkz. Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 82-83

²¹⁴⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 64.

Dar kapsam teorisiyle aynı amacı içeren dar güvence alanı teorisi, son zamanlarda Alman hukuk öğretilerinde, anayasal hak çatışmaları sorununa özel bir referans vermeksizin, anayasal hakların korumasını kısıtlayıcı bir şekilde yorumlama eğilimi olarak ortaya çıkmıştır²¹⁴⁶. Bu teoriye, öncelikle “güvence alanı” ile kastedilenin ne olduğunu açıklayarak başlayabiliriz.

2. “Güvence Alanı” Kavramı

“Temel hakkın güvence alanı” terimi, temel hakların kapsamını tanımlamak için yeni bir terim olarak gündeme gelmiştir. Burada söz konusu olan artık temel hak sınırlarının uygulanması değil, temel hak normlarının kapsamını yorumlama ve somutlaştırmadır²¹⁴⁷.

Güvence alanları hakkındaki tartışmanın canlanmasına, Ernst-Wolfgang Böckenförde’nin, temel haklara yönelik müdahalelerin incelenmesinde ek bir adım olarak hakkın güvence alanının belirlenmesini tanıtan makalesi²¹⁴⁸, önemli bir katkıda bulunmuştur.²¹⁴⁹ Buna göre, koruma alanı iki kritere göre bölünmelidir: Bir yandan “olgu ve yaşam alanı” (*Sach- und Lebensbereich*), diğer yandan “güvence alanı”²¹⁵⁰.

Güvence alanı (*Gewährleistungsbereich*)²¹⁵¹ terimi, her şeyden önce bunu yorumlayan mahkemeler veya yetkililer ve yasama organı tarafından temel hakların “temel haklara özgü kapsamının soyut açıklaması” olarak ifade edilir²¹⁵². Temel hakkın tematik uygunluğu, “korunan hukuki değer ve kapsamı, temel hak normunun güvence alanı esas alınarak belirlenir”²¹⁵³. Bu nedenle temel hakkın kapsamı, “temel haklar

²¹⁴⁶ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 72 vd.; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62.

²¹⁴⁷ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 61, 71-73; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62.

²¹⁴⁸ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”.

²¹⁴⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62.

²¹⁵⁰ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 174.

²¹⁵¹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 10. Örneğin, ana metinde ayrıntılı şekilde ele alacağımız karar BVerfGE 105, 252 (273) (*Glykol*).

²¹⁵² Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 59; Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 177.

²¹⁵³ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 177; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63; Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 56. Hoffmann-Riem, “anayasal hakkın normatif olarak filtrelenmiş gerçek alanı”nın (*normativ gefilterten Realbereich von Grundrechten*) güvence alanının içeriğini şekillendirdiğinden bahseder. Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 56.

şemasının... yapıcı ve teleolojik merkezine” denk gelir²¹⁵⁴. Kapsam önceki yargılama ve literatüre göre daha sıkı (temellendirilmiş) ve daha kısıtlayıcı bir şekilde belirlenmelidir²¹⁵⁵. Biraz daha somut ifade etmemiz gerekirse, “araştırma”, “meslek”, “sanat” gibi kavramların söz konusu olup olmadığı netleştirilir ve bunun ardından koruma kapsamı belirlenir²¹⁵⁶.

Dar güvence alanı teorisi, tarihi genetik yorumu referans alır; çünkü temel haklar adaletsizliğe karşı gerçekleştirilen savunmadan veya belirli haklar için verilen mücadeleden doğmuş, dolayısıyla tarihsel deneyimlerle kazanılmıştır²¹⁵⁷. Örneğin, bu tarihsel-genetik analizi uygulayarak, dini özgürlük hak sahibini sadece vicdan hürriyetini ve dini inancını konuşma, yazma veya eğitim yoluyla kabul edip etmemeyi, yayıp yaymamayı korur. Ancak, dini inanç motivasyonlu keyfi davranışları korumaz²¹⁵⁸. Nitekim aşağıda göreceğimiz üzere, bu teorinin kendi argümanları lehine örnek olarak verdiği kimi FAYM kararları da bu mantıkla alınmış inanç özgürlüğüne dair kararlardır.

3. Dar Güvence Alanı Teorisi ile Diğer Kapsam Teorileri Arasındaki İlişki

Dar güvence alanı teorisyenleri, günümüzde devlet ve toplum arasındaki ilişkinin, farklı aşlar nedeniyle modası geçmiş görüldüğünden, “koruma alanının” mekansal (*räumliche*) bir kavrayışının artık uygun olmadığı görüşündedirler. Devlet ve toplum arasındaki ilişkinin odak noktası, artık devlete karşı özgürlüğün korunması değil; daha genel olarak devlette ve toplumda özgürlüğün sağlanmasıdır²¹⁵⁹. Kahl, Hoffmann-Riem’den alıntılarla güvence alanı teorisinin nasıl bir zemini varsaydığını açıklar:

“Hoffmann-Riem’e göre, güvence alanı doktrini, devlet ile toplum arasındaki ayrımın kırılma ve hatta modası geçmiş hale geldiği bir zamanda, temel hak dogmatiklerini kısıtlayıcı yasal korsesinden kurtarma ve eşitlik, karşılıklılık ve sosyal temel haklar işlevi (performans hakları) vurgulanarak temel hakların (usul

²¹⁵⁴ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 177.

²¹⁵⁵ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 74; Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 177.

²¹⁵⁶ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 177. Örn. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 87.

²¹⁵⁷ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 174.

²¹⁵⁸ *Ibid.*, 182.

²¹⁵⁹ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 57, 61; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63. Ayrıca bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 21.

gereklilikleri, koruyucu yükümlülükler, dolaylı üçüncü taraf etkisi) objektif-hukuki önemini güçlendirme meselesidir”²¹⁶⁰.

Dar güvence teorisine göre, yukarıdaki alıntıda vurgulanan gelişim, temel hakları devlete karşı savunma hakları gören geleneksel anlayışa dayanan tanımlanmış alanlar kavramından ayrılmak için yeterli gerekçelerdir²¹⁶¹. Güvence alanı teorisi “sınır” (*Schranke*) kavramını da metaforik niteliğinden ötürü eleştirir²¹⁶². Buna göre mekansallaştırma yaklaşımı, kişinin belirli bir davranışın özgür olan ve özgür olmayan alanlarını bir sınır aracılığıyla birbirinden açıkça ayırabileceğine dair yanlış bir fikre yol açar, fakat böyle bir ayırım çoğu zaman mümkün değildir²¹⁶³. Bu nedenlerle dar güvence alanı, şimdiye kadarki koruma alanı kavramının çözülmesi olarak anlaşılır²¹⁶⁴.

Ancak bu argümanlara katılmak mümkün değildir, çünkü mekânsal (*räumlich*) perspektifler en iyi ihtimalle mecazi anlamda kullanılır²¹⁶⁵. Bu doğrultuda, “alan” kavramının, mekânsal düşünce ile özdeşleştirilmesi yanlış bir yorum olacaktır. “Alan, farklı davranışları aynı koruma alanı içeriğine bağlayan bir mekan (*Raum*) olmak zorunda değildir”²¹⁶⁶. Bunun için temel hakların koruma alanının mekansal olarak sınırlı bir şeyi tarif ettiği fikrinden kurtulmak yeterli olacaktır²¹⁶⁷. Koruma alanının aynı içeriğini, bundan ziyade, “aynı işlev, aynı rol, aynı konu” oluşturabilir²¹⁶⁸.

Devlet ile birey arasındaki ilişkiye gelince, güvence alanı teorisyenlerin söylediği birçok şey doğrudur. Sınırlamanın işe yaramadığı veya yalnızca seçici olarak işe yaradıkları²¹⁶⁹ yönündeki eleştirilerinde, özellikle devlet ile vatandaş arasındaki iki kutuplu ilişkiden ziyade, üç veya çok kutuplu koşulların dikkate alınması gerektiği göz

²¹⁶⁰ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 57, 61 atıfla Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 183-184. Benzer görüşler için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 32.

²¹⁶¹ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 57; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63.

²¹⁶² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 31.

²¹⁶³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 31; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 195.

²¹⁶⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 63.

²¹⁶⁵ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 318-319.

²¹⁶⁶ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 59.

²¹⁶⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 21.

²¹⁶⁸ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 59. Ayrıca bkz. Bkz. dp. 1331.

²¹⁶⁹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 183; Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 54-55.

önünde bulundurulduğunda²¹⁷⁰, haklılık payı vardır. Anayasal hakların artık yalnızca “savunma” işlevleriyle sınırlı olmadıklarını ve devletin koruyucu, bir diğer deyişle pozitif yükümlülüklerini gerektirdiğini biz de detaylarıyla açıkladık²¹⁷¹. Bugün güvence alanı teorisini savunanların, günümüzdeki karışık sosyal ilişkiler ile devlet ilişkisi bağlamında temel hakları daha doğru konumlandığını söyleyebiliriz²¹⁷². Ancak devlet ile birey arasındaki ilişkinin bu dönüşümü, koruma alanı ve sınırlama sisteminin artık bunu karşılamadığı anlamına gelmez. Temel haklar incelemesinin yapısını en iyi şekilde gösterdiği için bu terminolojiye bağlı kalınmalıdır²¹⁷³. Bu nedenle, geniş kapsam teorisi (kural ve istisna modeli) geçerliliğini hala korur²¹⁷⁴.

Üstelik geniş kapsam teorisi, sınırların özgürlüğü koruma işlevi ile daha fazla koruma elde etmeyi amaçlar²¹⁷⁵. Hakkın sınırlama koşulları çerçevesinde müdahalenin haklılaştırılması incelenerek yani gerekçelendirme yükümlülüğü yerine getirilerek, sınırların koruma işlevinden faydalanılmış olur. Böylece hakkın keyfi şekilde kısıtlanmasının önüne geçilerek, öngörülebilir ve nesnel olarak anlaşılabilir bir sonuç elde edilir²¹⁷⁶.

Biz hem içtihatla hem de literatürde de yerleşmiş²¹⁷⁷ olan “koruma alanı” kavramını benimsediğimizi ve kavramın “temel hak ile korunan yaşam alanı” anlamına geldiğini daha önce belirtmiştik²¹⁷⁸. Bakıldığında, dar güvence alanı teorisindeki düzenleme alanının neredeyse “olgu ve yaşam alanı”na, koruma alanının ise “güvence alanı”na karşılık geldiği görülür. Aradaki fark şudur ki olgu ve yaşam alanı, sınırlamaya başvurulmadan, dar yorumlanmaya çalışılır. Tüm bunlarla birlikte, koruma alanına dair yaptığımız açıklamaların, tek başına bu alanın nasıl belirleneceğini göstermediğini ve bu

²¹⁷⁰ Bkz. Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, 54, 76; Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 183; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 92, 181. Ayrıca bkz. Ayrıca Martin Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande: Untersuchungen zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 2000), 218-219.

²¹⁷¹ Bkz. “Anayasal Hakların İşlevi ve Etkisi” başlığı.

²¹⁷² Bkz. Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”.

²¹⁷³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 21.

²¹⁷⁴ *Ibid.*, 92-93.

²¹⁷⁵ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 180; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 71.

²¹⁷⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 70-, 71.

²¹⁷⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 20.

²¹⁷⁸ Bkz. “Anayasal Sınırlar” başlığı. Ayrıca Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 53; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 21.

alana neyin gireceği ve bunun hangi ölçüte göre belirleneceği sorusunun önemini sürdürdüğünü de belirtmiştik²¹⁷⁹. Bu nedenle de hakkın koruma alanlarına dair farklı cevaplar üreten dar ve geniş kapsam teorilerini ele almıştık. Aşağıda, FAYM'nin dar kapsam teorisi yönünde aldığı kararları değerlendirerek kimi durumlarda, koruma alanını nasıl belirlediğine bakacağız.

C. FAYM'NİN DAR KAPSAM TEORİSİ YÖNÜNDE ALDIğI KARARLARIN DEğerLENDİRMEĞİ

Çoğunlukla geniş kapsam teorisini benimsemekle beraber²¹⁸⁰ FAYM'nin belli davranış türlerini, en baştan itibaren hakkın koruma alanı dışında tuttuğu kararları da vardır²¹⁸¹. Aşağıdaki örneklerden göreceğimiz üzere Mahkeme, her durumda dışsal bir teori temelinde geniş kapsam teorisini takip etmez²¹⁸².

Dar kapsam teorisini ve çatışan temel hakların, temel haklara sınır çizmesi hakkındaki tartışmayı yeniden güncel hale getiren, FAYM'nin 1984 yılındaki *Sprayer von Zürich* kararıdır (Zürihli Spreyci Kararı)²¹⁸³. Öncelikle bu kararı ele almak gerekir.

1. *Sprayer von Zürich* Kararı

Sprey sanatçısı Harald Naegeli, çizgi grafitini kendi inisiyatifiyle üçüncü şahıs mülkiyeti üzerinde yaptığı için İsviçre'de eşyaya zarar vermektен yargılanmıştır. Almanya'da bulunan Naegeli, yetkili Alman makamı tarafından ceza infazı için İsviçre'ye teslim edileceğine dair tebligat almış ve buna karşı sanat özgürlüğüne dayanarak şikayette bulunmuştur²¹⁸⁴.

Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda, kayıtsız temel hakların sınırlandırılmasına yönelik, her zamanki çatışma çözüm formülüne başvurmamıştır²¹⁸⁵. Mahkeme, sanat özgürlüğünün kapsamının “sanatsal gelişim amacıyla başkasının mülkiyetinin bağımsız kullanımına veya bozulmasına kadar genişlemediğini” belirtmiştir²¹⁸⁶. Sprey sıkanlar sanat özgürlüğüne dayansalar da, başkasının yasal

²¹⁷⁹ Bkz. “Koruma Alanı” başlığı.

²¹⁸⁰ Bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 106.

²¹⁸¹ *Ibid.*, 110.

²¹⁸² *Ibid.*, 108.

²¹⁸³ BverfG (*Vorprüfungsausschuß*), 19.03.1984 - 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293.

²¹⁸⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 230.

²¹⁸⁵ FAYM'nin çatışma çözüm formülünü, bir sonraki ana başlıkta ele alacağız.

²¹⁸⁶ NJW 1984, 1293 (1294-1295).

mallarına tecavüz nedeniyle sanat özgürlüğünün güvence alanından dışlanırlar²¹⁸⁷. Sonuç olarak, bu kararda FAYM İkinci Senatosu Ön İnceleme Komitesi, ilgili eylemin sanat olsa da, genel olarak sanat özgürlüğünün koruma alanı dışında olduğu, başka bir ifadeyle, sanatsal özgürlüğün koruma alanının henüz açılmadığı kanaatiyle başvuruyu reddetmiştir²¹⁸⁸.

Güvence alanı teorisyenlerine göre, bu kararda kendilerinin teorilerini destekler şekilde, “olgu ve yaşam alanı” ile “güvence alanı” arasındaki ayrımın geçerli olduğu söylenebilir. Buna göre, olgu (*sach*) alanı spreylere sığınanları kapsayan sanatsal gelişim ile ilgilidir. Öte yandan, normatif güvence alanı, devletin, sanatsal faaliyetin içeriği, yöntemleri ve eğilimleri üzerindeki belirli etkileri ile sınırlıdır²¹⁸⁹. Bu güvencenin ötesinde, artık herhangi bir temel hak güvencesi ile müdahale ve sınırlama sorunları yoktur²¹⁹⁰. En başından beri, sınırsız sanat özgürlüğünden bahsedilemez. Böylece temel hakkın somut bir dış hattı vardır²¹⁹¹.

Gerçekten de *Sprayer von Zürich* kararında izlenen yöntem, geniş kapsam teorisine aykırıdır. Kararda geçen “başından beri” (*von vornherein nicht*) ifadesi, sanatsal faaliyetlerin sanat özgürlüğü koruma alanının, başkasının mülkiyet hakkı sınırının dışında kaldığı anlamına gelir. Stemmler’e göre kararın bu kilit mesajı açıktır. Bu karar “tesadüfi bir istisna” olarak kabul edilmemelidir. *Sprayer von Zürich* kararı, koruma alanı düzeyinde çözüme bir örnektir²¹⁹².

Sprayer von Zürich kararına ilişkin literatürdeki farklı değerlendirmeler, güvence kapsamının genişliği ile koruma alanına içkin sınırların varlığına dair uzlaşmazlığı yansıtır²¹⁹³. Dar kapsam teorisi, Alman Anayasasının 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasının

²¹⁸⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 64-65.

²¹⁸⁸ NJW 1984, 1293 (1294). Ayrıca Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 171; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 175; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 75.

²¹⁸⁹ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 175; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 65.

²¹⁹⁰ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 176.

²¹⁹¹ *Ibid.*, 176.

²¹⁹² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 230. Yine de FAYM’nin argümantasyon ve metodolojik yaklaşımı, bütünüyle net değildir. Örneğin Mahkemenin mülkiyet hakkının “ilke olarak sanat özgürlüğünün arkasında kalmadığı” şeklindeki ifadesi, aslında örtülü bir dengeleme içererek dar kapsam teorisiyle çelişebilir. *Ibid.*

²¹⁹³ *Ibid.*, 232.

güvencesinin kapsamının, başkalarının hukuki çıkarlarına bir tecavüz anlamına gelen sanatsal davranışlarını da içerip içermediği sorusunu gündeme getirir²¹⁹⁴.

Geniş kapsam teorisyenleri sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar ışığında, koruma alanında çözümü reddederler²¹⁹⁵. FAYM de genel olarak, sanat kavramını daraltarak sanatsal özgürlüğün güvencesinin sınırlanmasını kabul etmemektedir. Naegeli'nin sprej resimleri, kesinlikle Anayasanın 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamında "sanat"tır. Geniş kapsam teorisi açısından ortada "sanat" olduğu için sanatsal özgürlüğün koruma alanı tartışılabilir²¹⁹⁶.

Koruma alanından bu şekilde dışlamaya yönelik geniş kapsam teorisyenlerinden gelen itirazlar esasen kararın sonucuna yönelik değildir; bu sonuç ilke olarak sanat özgürlüğü konusunda geniş bir anlayış uygulandığında bile aynı kalır²¹⁹⁷. Eğer karar, geniş kapsam teorisine göre alınmış olsaydı, öncelikle Naegeli'nin başkasının mülkiyetinde bulunan duvarlarda çizdiği grafitilerin, sanat özgürlüğünün *prima facie* koruması kapsamında olduğu kabul edilecekti. Başkalarının çatışan hakları, FAYM'nin bu kararda yaptığı gibi, doğrudan koruma alanı düzeyinde tespit edilerek değil, sınırlama düzeyinde değerlendirilecekti. Böylece sınırlama düzeyinde, tüm olası dava koşulları sürece dahil edilerek, geniş kapsam teorisyenlerinin savunduğu *farklılaşma* da mümkün kılınacaktı²¹⁹⁸.

Farklılaşma konusuna yukarıda değinmiş ve farklılaşmayı bu karar ile örneklendireceğimizi söylemiştik. Martin'in iddia ettiğine göre, geniş kapsam teorisi izlenseydi şöyle bir farklılaşma mümkün olabilecekti: Sanat özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasındaki anayasal hak çatışması, sanat özgürlüğünün sınırı olarak tanınan ceza kanunu ile çözülecek ve duruma bağlı olarak *prima facie* koruma, sınırlama düzeyine geri çekilecekti²¹⁹⁹. Kural olarak, sonuç FAYM kararı ile aynı olacak iken, izlenen *metot*²²⁰⁰

²¹⁹⁴ *Ibid.*

²¹⁹⁵ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 232. Bkz. Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 240-243.

²¹⁹⁶ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 232.

²¹⁹⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 75.

²¹⁹⁸ *Ibid.*

²¹⁹⁹ *Ibid.*, 75-76. Ayrıca Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 240 vd.

²²⁰⁰ Bazı noktalarda dar kapsam teorisinin uygulanmasına yönelik kriterler sunan Stemmler de, Céline ile zıt bakış açısına sahip olmakla beraber, sonucunu doğru kabul ettiği *Sprayer von Zürich* kararını *metot* ve dogmatik arka plan yönünden sorunlu bulur. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 233.

farklı olacaktı. Ancak bir ceza hukuku yargılaması ile -sanat özgürlüğünün koruma alanına müdahalenin tanınması ile- hem sanat özgürlüğü hem de mülkiyet güvencesinin bireysel durumlarda kabul etmesi gereken yük yoğunlukları, sanatsal özgürlüğü, maddi hasar ceza kanunları çerçevesinde değerlendirebilecek ve özellikle cezalandırma bağlamında kademeli bir ilişkide uzlaştırma ihtimalini içerebilecekti. Oysa koruma alanı seviyesinde bir çözümle, bu prosedür ve farklılaşma imkansız kılınmıştır²²⁰¹.

Martin'in, FAYM'nin bu kararına karşı çıkmasının aksine, Stemmler, bu kararı dar kapsam teorisi için önerdiği kriterlerden biri bağlamında ele alır. Öncelikle yazarın "başkalarının hakları"nın koruma alanı mı, yoksa sınırlama düzeyinde mi dikkate alındığını yanıtlamak ve esas alınan hak ve özgürlük anlayışını değerlendirmek için uygun bir başlangıç noktası olarak, *neminem-laedere* ilkesini seçtiğini belirtelim²²⁰². Bu karar ile yazılı olmayan anayasal hak sınırlarına giden, yöntemsel olarak doğru yol noktasındaki anlaşmazlıkları netleştirmeye çalışan yazar, "özgürlüğün kullanılmasına bir sınır olarak başkalarının hukuki çıkarların araçsallaştırılması"²²⁰³ kriterini önerir²²⁰⁴. Aşağıda, bu kriteri daha ayrıntılı olarak açıklayacağız.

2. Başkalarının Hukuki Çıkarlarının Araçsallaştırılması Kriteri

Stemmler'e göre, *Sprayer von Zürich* kararında üçüncü şahıs mülkiyetinin kullanımının ve bunlara verilen zararın, en başından itibaren koruma dışında olduğu varsayılsa da, birçok tartışmada göz ardı edilen üçüncü kişinin menfaatinden faydalanma (*Inanspruchnahme*) ve menfaatine zarar verme (*Beeinträchtigung*) denklemi yanlıştır. Başkasının hukuki çıkarına her zarar verme eylemi, hakkın korumasından en başından itibaren dışlanamaz²²⁰⁵. Bir diğer ifadeyle "başkalarının hakları, özgürlüğün kullanılmasına içkin bir sınırı her zaman haklı çıkarmaz"²²⁰⁶.

Stemmler, bizim de daha önce hakkın kötüye kullanılması yasağı ve kapsam teorileri ile çatışma arasındaki ilişkiyi ele alırken vurguladığımız gibi, çatışma durumlarında, "zarar veren" ve "zarar gören" ayrımının, her zaman net olmadığına dikkat

²²⁰¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 75.

²²⁰² Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 15.

²²⁰³ "Die instrumentalisierung fremder Rechtsgüter als Grenze der Freiheitsausübung".

²²⁰⁴ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 229.

²²⁰⁵ *Ibid.*, 233.

²²⁰⁶ *Ibid.*, 250.

çeker²²⁰⁷. Çatışma durumlarında hukuki çıkarlar birbirini karşılıklı şekilde etkileyebilir. Ancak bu etkileme, koruma alanından doğrudan bir dışlama sonucunu getirmez²²⁰⁸. Dolayısıyla *neminem-laedere* ilkesi tek başına, özgürlüğün herhangi bir kullanımını içkin sınır olarak koruma alanından dışlayamaz²²⁰⁹. Hakka her zarar verme, ilgili eylemi koruma alanından dışlanmıyorsa, başkalarının haklarının koruma alanına içkin sınır işlevi görüp göremeyeceğini ve bu mümkünse, hangi koşullar altında olacağını belirlenmesi gerekir²²¹⁰.

“Yalnızca diğer temel haklara ‘aykırılık’; bu hakların ‘geçersiz kılınması’ veya başkalarının hukuki çıkarlar üzerinde hak iddiası, daha ayrıntılı somutlaştırma olmaksızın, koruma alanından dışlamayı haklı çıkarmaz”²²¹¹. Aynı durum sanat özgürlüğünün başkalarının haklarına “tecavüz”ü haklı kılmadığı şeklindeki ifade için de geçerlidir. Bu ifade doğru olmakla beraber, çok geneldir²²¹². Zira bu ifadelerde, bireysel vakanın ötesinde dikkate alınan kriterler belli değildir²²¹³. Öyleyse, doğru çözümü belirlemek için bu ifadeler, “zarar verme” teriminden daha fazla kullanışlı değildir²²¹⁴. Peki Stemmler’in önerdiği ve *Sprayer von Zürich* kararı için de açıklayıcı bulduğu kriter nedir?

Koruma alanına içkin sınır olarak belirli davranışları temel hakkın koruma alanından dışlamak için uygun kriter, başkasının hukuki çıkarlarından faydalanılması veya bunların araçsallaştırılmasıdır²²¹⁵. FAYM’nin *Sprayer von Zürich* kararına atıfla, bu yaklaşım dar bir kapsam anlayışı oluşturmak amacıyla kabul edildiye²²¹⁶ de çok da takdir görmemiştir²²¹⁷. Çünkü daha önce içkin sınır teorilerini değerlendirirken de bir risk olarak

²²⁰⁷ *Ibid.*, 234.

²²⁰⁸ *Ibid.*

²²⁰⁹ *Ibid.*, 235.

²²¹⁰ *Ibid.*, 234, 236.

²²¹¹ *Ibid.*, 236-237.

²²¹² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 237.

²²¹³ *Ibid.*

²²¹⁴ *Ibid.*, 236.

²²¹⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 237.

²²¹⁶ Stemmler’in aktardığından anladığımız kadarıyla dar kapsam yorumuna, özellikle de araştırma özgürlüğünün koruma alanı için başvurulmuştur. *Ibid.*, ayrıca *ibid.*, dp. 1407. *Sprayer von Zürich* kararı bir başkasının hukuk alanına yapılan bazı tecavüzleri, koruma alanınca kapsanmamış sayan görüşlerin çıkış noktası olmuştur. *Ibid.*, 233.

²²¹⁷ *Ibid.*, 237.

dikkat çektiğimiz, farklılaştırılmış sınırlama sisteminin, rahatsızlığın söz konusu olmadığı son sınıra (*Nichtstörungsschranke*) yerini bırakmasından korkulmuştur²²¹⁸.

Stemmler görüşlerini, Dritter Lorenz'in, bilimsel özgürlük hakkını temel alarak yürüttüğü, ancak bunun ötesinde önem kazanan, faydalanma öğretisi (*Inanspruchnahmelehre*) ile temellendirir²²¹⁹. Bu öğretisi, hukuk sisteminin, aynı anda, aynı hukuki menfaati farklı hak taşıyıcılarına tutarlı bir şekilde tahsis edemeyeceği düşüncesinden yola çıkar²²²⁰. Bu da, münhasıran başka bir hak sahibine verilmiş olan hukuki yetkiden faydalanan kişinin ilgili davranışlarının, *a priori* hakkın korumasının dışında kalmasıyla sonuçlanır²²²¹. Kişinin başkalarının haklarından veya hukuki menfaatlerinden kendi gelişimi için faydalanması, başlı başına koruma alanından reddedilmesi gereken bir ihlal anlamına gelir²²²². Faydalanma öğretisi, bu nedenle, “kişinin kendi çıkarları için başkalarının hukuki durumlarını yetkisiz olarak araçsallaştırılması” ile nitelendirilir²²²³. Buna göre, “hiçbir temel hak kendisinin gerçekleştirilmesi için, bir başkasının temel haklarla korunan menfaatinden, bir araç olarak kullanmayı amaçlayan faaliyetler için koruma sağlamaz”²²²⁴.

Bu kriterin, *Sprayer von Zürich* kararına uygulamasına gelirsek; söz konusu spreysel sanatçısı yalnızca başkalarının mülkiyetine zarar vermekle kalmamış, aynı zamanda onu, kendisini gerçekleştirme amacıyla kullanmıştır. Buradaki esas nokta, sanatçının spreysel sığıldığı duvar, kendisinin mülkiyetindeymiş gibi hareket etmesi ve yukarıda bahsettiğimiz hususu yani hukuk sistemi tarafından yapılmış olan menfaat tahsisini dikkate almamasıdır²²²⁵. Oysa bu, yine başkasına zarar verecek şekilde de olsa, kendi mülkiyeti üzerinde grafiti yapan kişi için iddia edilemeyecektir. Kendi evinin cephesine bir grafiti yaparak estetik, psikolojik veya sosyal açıdan zararlı bir durum oluşturduğu varsayımında kişi, başkasının menfaatlerinden veya kamunun haklarından, araçsallaştırma anlamında

²²¹⁸ *Ibid.*

²²¹⁹ *Ibid.*, 237-238. İlgili eser Dieter Lorenz, “Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung”, içinde *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, ed. Peter Lerche, Peter Badura ve Rupert Scholz (München: C.H. Beck, 1993), 270 vd.

²²²⁰ Lorenz, “Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung”, 270.

²²²¹ Stemmler, Das “Neminem-laedere-Gebot”, 238.

²²²² Lorenz, “Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung”, 270.

²²²³ Stemmler, Das “Neminem-laedere-Gebot”, 238.

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ *Ibid.*

faydalanmadığı için söz konusu davranış, baştan itibaren sanat özgürlüğünün koruma alanı dışında tutulamayacaktır²²²⁶.

Bir başka örnek olarak, başkalarının menfaatlerinden faydalanmaya yönelmeksizin, apartmanda gece boyunca borozan çalınması eyleminden yola çıkılım²²²⁷. Müzisyen, ne başkalarının hak konumlarını yetkisiz bir şekilde üstlenmiş ne de kendi özgürlüğünün gerçekleşmesi uğruna, başkalarının hukuki menfaatlerini araçsallaştırmıştır. Burada, başkalarının hukuki menfaatlerine bağlı olmadan ve hukuk düzeninin tahsisini sorgulamadan gerçekleşen, bir zarar verme söz konusudur²²²⁸. Sonuç itibarıyla, ilgili eylem en başından itibaren sanat özgürlüğünün dışında kabul edilmeyecek, ancak bireysel davanın koşullarına göre sınırlama düzeyinde hakka müdahale edilebilecek ve müzik böylece engellenebilecektir²²²⁹.

Stemmler, kriterini zarar verme (*Beinträchtigung*) ve faydalanma (*Inanspruchnahme*)²²³⁰ terimlerinin farklılığına dayanarak temellendirir ve hem bireysel tartımın gerekliliğini hem de bunun sorunlu yönlerini sorgular²²³¹. Hakkın koruma alanından kesin olarak dışlanmasını haklı çıkaracak zarar verme durumu, ancak bireysel tartım ile tespit edilebilir²²³². Tartım ise belirsizliklere bağlı olduğu için yöntemsel olarak koruma alanının belirlenmesinde değil, ancak sınırlama düzeyinde uygulanmalıdır²²³³.

İlk başta, apartmanda gece müzik çalışmasının hak koruması altında değerlendirilmesi, bu eylemin başkalarının hakları karşısında geri çekilmesi gerektiğinin açık olmasından ötürü hilekârlık ile itham edilebilir. Ancak bireysel durum göz önüne

²²²⁶ *Ibid.*

²²²⁷ *Ibid.*, 239; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 242.

²²²⁸ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 238.

²²²⁹ *Ibid.* Bir başka örnek olarak, bahçesinde mangal yakmak isteyen kişinin hareket özgürlüğü ile komşularının koku veya dumandan rahatsız olması durumundaki çatışmada karşı çıkarların ve hakların yumuşak bir dengelemeye getirilmesi gerekliliğinden söz edilebilir. Genelde, mangal yapmaya ilişkin doğrudan bir yasakla karşılaşılmaz. Bireysel vakıanın koşullarınca (sıklık, süre ve mesafe gibi) bir tartımdan sonra yasak söz konusu olabilir. *Ibid.*, 234.

²²³⁰ Stemmler'in ortaya koyduğu fark, bizim de "Anayasal hakların çatışması kavramının tanımı" başlığı altında "*Beeinträchtigung*" kelimesi üzerinde özellikle durup, kelimenin "ihlal" olarak çevrilmesi ile "zarar verme" olarak çevrilmesi arasında önemli bir farkın ortaya çıkacağını belirtmemizle aynı mantığı içerir. Bir hakkın kullanılırken başka birine zarar vermesi, her zaman kendiliğinden bu kullanım hakkın koruma alanından çıkarılmasını gerektirmez. Demek ki bazı durumlarda bu kullanım bir *ihlal* halini alırken, bazı durumlarda bu ihlal gerçekleşmez. İşte bizim vurgulamak istediğimiz bu hususu, Stemmler başka kelimelere odaklanarak dikkat çekmiştir.

²²³¹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 239.

²²³² *Ibid.*, 234, 239.

²²³³ *Ibid.*, 234-235, 235.

alındığında “gece”nin ne zaman başladığı, müzisyenin komşularının evde olmaması ve dolayısıyla müziği yasaklamayı gerektirecek koşulların olmaması gibi durumların dikkate alınması gerekebilir²²³⁴. Sonuç itibarıyla başkalarının haklarına zarar vermek en başından itibaren koruma alanından dışlamak için bir kriter oluşturmaz. Bireysel davanın değerlendirilmesi ve dolayısıyla gerekçelendirme düzeyinde bir tartımın yapılması gerekir. Bu anlamda, geniş kapsam teorisinin, dar kapsam teorisine yönelttiği, tartımdan muaf kriterlerle koruma alanındaki daraltmaya yönelik eleştirileri yerindedir²²³⁵.

Yeniden Stemmler’in ortaya koyduğu kritere dönersek; en azından mülkiyete ilişkin olarak başkalarının hakkından faydalanma veya onu araçsallaştırma söz konusu ise dar kapsam anlayışı savunulabilir²²³⁶. Hatta bu noktada, yöntemsel olarak tartımı savunmak ve dengelemenin yolunu açmak, kişinin bir başkasının mülkiyetini kendi temel haklarını kullanma nesnesi haline getirmesi durumları için tehlike dahi oluşturur²²³⁷. Bu noktada grafitinin yapıldığı duvar çirkin, gri bir duvar da olsa, çalıntı bir kağıdın üstüne resim yapan kişi Picasso da olsa, mülkiyet sahibinin hukuk düzeni tarafından kendisine açıkça tahsis edilmiş hakkına dayanabilmesi gerekir²²³⁸. Dolayısıyla, dar bir şekilde tanımlanmış meşru müdafaa ve olağanüstü hal durumları hariç, malikin bu argümanı daha fazla gerekçeye ihtiyaç duymaksızın her zaman belirleyici olmalıdır²²³⁹. Burada artık geniş kapsam teorisinin savunduğu gibi potansiyel bir anayasal hak davasının güncel bir davaya dönüşmesi noktasında tartım ileri sürülemez²²⁴⁰. Aksi halde (tartımdan sonra

²²³⁴ *Ibid.*, 239.

²²³⁵ *Ibid.*

²²³⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 240.

²²³⁷ *Ibid.*, 240. Doğabilecek tehlikeyi yine bu örneğe dayanarak ve Stemmler’in açıklamalarıyla ortaya koyalım. Alman Anayasası madde 14/1’de güvence altına alınmış mülkiyet hakkının düzenlemesi olan BGB madde 903, birinci cümlesine göre, “Bir eşyanın maliki, yasa veya üçüncü şahısların hakları bununla çelişmedikçe, bu eşyayı istediği gibi ele alma ve başkalarını herhangi bir müdahaleden dışlayabilir”. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (erişim tarihi: 9.02.2022). Ancak sanat özgürlüğü, maddede öngörüldüğü gibi çatışan bir hak olarak kabul edilseydi, muhtemelen varlığı kabul edilen bir çatışma durumunda tartımın neticesinde mülkiyetten geriye bir şey kalmayacaktı. Bu noktada yargıcın sübjektif sanat anlayışını (örneğin sanatçının tannabilirliği gibi) devreye girmesi gibi sorunlar ortaya çıkacaktır. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 241. Aynı örneği veren ve aynı sonuca, yani spreyle boyama eyleminin anayasal olarak korunan mülkiyet hakkının koruma alanını ihlal edecek kadar ileriye gidemeyeceğine dair ayrıca bkz. Can, ““Neminem-Laedere-Gebot””, 926.

²²³⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 240.

²²³⁹ *Ibid.*, ayrıca *ibid.*, 68.

²²⁴⁰ *Ibid.*, 241.

hakkın geri alınması halinde), geniş kapsam teorisyenlerine yöneltilen hilekârlık iddiası böyle bir durum için haklı olacaktır²²⁴¹.

Farklılaşma noktasında Martin'in yaptığı gibi, ceza hukukundan değil de medeni hukuktan yola çıkan yazar, medeni kanunun getirdiği farklılaşmanın da bu görüşe zıt olmadığını gösterir. Şöyle ki ilke olarak malik, her zaman usulüne uygun kamulaştırma ve özel hukuk kişileri içinse meşru müdafaa veya acil durumlar dışında mülkünden faydalanmayı savunabilir²²⁴². Bahsettiğimiz farklılaşmaya gelirse; örneğin Alman Medeni Kanunu, 950'nci maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri uyarınca, kullanımın konusu taşınır mala yabancı malzemelerin işlenmesi olduğunda, sanatçı yeni üretilen ögenin orijinal değeri aşması halinde mülkiyetini kurabilecek ve eski malik hukuki konumunu parasal bir tazminat talebi imkanı dışında (BGB madde 951/1) kaybedecektir. Dolayısıyla bu hüküm, yani anayasa altı hukuk taşınmaz mala grafiti yaptığı için Naegeli'yi korumasa da Picasso'yu koruyabilecektir²²⁴³. Böylelikle bir sanatçı dolaylı olarak bu hükümden faydalanabilse de bu hüküm, sanat özgürlüğü anayasal güvencesinin kapsamı hakkında bir çıkarım yapmaya imkan vermez. Aksine, prensipte bu hüküm, sanat özgürlüğüne karşı kayıtsızdır. Dolayısıyla Alman Medeni Kanununun, mülkiyete yapılmış ve ekonomik değeri olan parçaların, eklentilerin sökülmesini engelleyen bu hükümleri, başkasının hukuki menfaatini araçsallaştırılmasına dair anayasa tarafından korunan bir hak bahşetmez²²⁴⁴.

Stemmler'in geniş kapsam teorisyenlerinden gelen farklılaştırma eleştirisini medeni hukuk çerçevesinde karşılaması, geniş kapsam teorisyenlerinin ceza hukuku konusunda haklı olduklarını da göstermez. Burada da yine aynı bakış açısıyla yaklaşılabilir. Nitekim Osman Can'ın belirttiği gibi, Naegeli'nin eylemi, duvar yüzeylerine grafiti yapmakla değil, başkalarını eşyalarına zarar vermekle bağlantılı olan Ceza Kanununun ilgili maddesini (madde 303) ihlal etmiştir²²⁴⁵. Mala zarar vermeyi yaptırma bağlayan ceza kanunları, sanat özgürlüğünü ihlal etmez²²⁴⁶. Zira buradaki hasar Anayasanın sanat özgürlüğü (madde 5/3) konusuna özgü değildir. Sanata özgü olmayan,

²²⁴¹ *Ibid.*, 242.

²²⁴² *Ibid.*

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ *Ibid.*

²²⁴⁵ Can, “‘Neminem-Laedere-Gebot’”, 927.

²²⁴⁶ *Ibid.*

sprey püskürtülmesi eylemi ile ilgilidir²²⁴⁷. Böylece yukarıda Stemmler'in medeni kanunun ilgili hükmünün sanat özgürlüğüne kayıtsız olmasına dair görüşüyle paralel şekilde Can da ifade ve niyet açısından, bu tür ceza kanunlarının genellikle sanatsal özgürlüğün güvence içeriğini etkilemediğini ortaya koyar²²⁴⁸.

Sonuç itibarıyla, Stemmler *neminem-laedere* ilkesinin bir çıkarımı olarak, üçüncü şahısların mülkiyetinden faydalanmayı, herhangi bir özgürlüğün kullanılmasının koruma alanındaki bir sınır olarak, dar kapsam teorisiyle bütünleştirilebilecek bir kriter olarak ortaya koyar²²⁴⁹. Bu kriter tartım ihtiyacından muaf meşru bir uygulama alanı iddiasında bulunur²²⁵⁰. Toplanma özgürlüğünden (GG madde 8/1) yola çıkalım. Toplanılacak yeri, zamanı ve içeriği belirleme anlamında tasarruf yetkisini içeren bu hak, başkalarının mülkiyetinden (özel mülk veya devletin, özel mülk sahibi olarak münhasıran tasarruf yetkisine sahip olduğu durumlar dahil) istediği gibi faydalanma yetkisini vermez²²⁵¹.

Kamusal alanlarda bu kriterin uygulanması ise mümkün görünmemektedir. Kamuya açık tesis veya yoldan herkesin kendi çıkarlarını sürdürmek için yararlanma, bunları kullanma hakkı vardır. “Faydalanma imkanı burada (kamusal) meselenin doğasında yatar”²²⁵². Bu nedenle, bu tür durumlarda bireysel davanın koşullarına bakılmalı ve çatışan menfaatler tartılmalıdır. Cadde üzerinde gerçekleştirilen sanat örneği ile yola çıkarsak; yaya bölgesi veya yoğun bir trafiğe sahip olması gibi caddenin olağan kullanımı farklı sonuçlara yol açabilir. Dolayısıyla burada ilgili davranışın, bir ortak kullanım mı, yoksa onay gerektiren özel kullanım mı olduğu baştan belli değildir. Bu soru, ancak anayasal haklar ışığında yanıtlanabilir²²⁵³. Biz yukarıda, Müller'in nesnel sınırlılık teorisini ele alırken, bunun ayrıntılarını yeterince vermiştik.

Her hukuki menfaat araçsallaştırılmayacağı için “faydalanma öğretisine”, her anayasal hak için başvurulamaz²²⁵⁴. Bu ibareden de iki sonuç ortaya çıkar: Birincisi, yalnızca belirli korunan çıkarlar için ve ancak araçsallaştırma durumunda geçerli

²²⁴⁷ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 57; Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 927.

²²⁴⁸ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 57; Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 927.

²²⁴⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 243.

²²⁵⁰ *Ibid.*, 248.

²²⁵¹ *Ibid.*, 243. Stemmler bu noktada daha fazla açıklama yapmamaktadır.

²²⁵² *Ibid.*, 244.

²²⁵³ *Ibid.*, 244-245.

²²⁵⁴ *Ibid.*, 245.

olmasından dolayı bu öğreti ile getirilen kriter, başkalarının hakkına ilişkin genel bir kapsam kaydı veya hukuk düzeni kaydı anlamına gelmez²²⁵⁵. İkincisi ise, araçsallaştırılabildiği için bu kritere uygun olan mülkiyet hakkı dışında hangi hukuki menfaatler için bu kriterin uygulanabileceği, yani koruma alanı düzeyinde bir dışlamanın getirilebileceğinin belirlenmesi gerekir²²⁵⁶.

Her hak için uygulanamayan bu kriter, mülkiyet hakkına da özgü değildir. Hak sahibinin münhasıran tasarruf yetkisine tabi olan tüm hak ve hukuki menfaatler için bu kriter geçerlidir²²⁵⁷. Buradan yola çıkılarak mülkiyetin yanı sıra örneğin anayasal haklardan kaynaklanan basın özgürlüğünün bir parçası olarak basın gizliliği, işletme ve ticari sırlar (GG madde 12/1, 14/1) veya mahremiyetin korunmasının bir yönü olarak kişisel veriler üzerindeki bilgilere dair tasarruf yetkisine ve ticari markanın korunmasına da bu kriter uygulanabilir²²⁵⁸.

Araçsallaştırılabilen hak ve hukuki menfaatler, başkasının tasarrufunda olmayan yaşam, beden, özgürlük, mülkiyet ve kişisel verileri içerir²²⁵⁹. Yalnızca zarar görmekle kalmayıp bunlar, kişinin kendini gerçekleştirme için araçsallaştırılırlarsa, koruma alanına içkin sınırlar olarak işlev görürler²²⁶⁰. Bu nedenle amaç kişinin kendi hakkını kullanması olsa bile, örneğin mülkiyete zarar vermek, kişiyi özgürlükten yoksun bırakmak, mülkiyete izinsiz girmek, yaşama ve fiziksel bütünlüğe tecavüz etmek gibi durumlarla sonuçlanan eylemler, hakkın koruma alanında yer alamayacaktır²²⁶¹. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bunlara yalnızca meşru müdafaa ve zorunluluk halinde müdahale etmek mümkündür. Bu hakların kullanımının çoğunlukla fiziksel bir eylem

²²⁵⁵ *Ibid.*

²²⁵⁶ *Ibid.*

²²⁵⁷ *Ibid.*

²²⁵⁸ *Ibid.*, 248; Lorenz, “Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung”, 273. “Araçsallaştırma” şeklinde bir kriter öne sürmemekle berabere *neminem-laedere* ilkesinden yola çıkan Osman Can da, başkalarının hakkına müdahale olarak değerlendirilebilecek kullanımların hakkın kapsamı dışında tutulmasının, ihlal edilen hukuki menfaatin mülkiyeti, mahremiyeti veya başkalarının yaşamı ve sağlığı olduğu durumlarda sorunsuz çalıştığı görüşündedir. Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 922.

²²⁵⁹ *Ibid.*, 251.

²²⁶⁰ *Ibid.*, 249.

²²⁶¹ Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 922. Anladığımız kadarıyla Osman Can GG madde 2/1’deki üçlü sınırdan biri olan “başkalarının hakları”nı, kendi argümanı için bir destek olarak kullanmaktadır. En azından açıkça ifade etmese de yazarın bunu yorum ilkesi olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Zira yazar madde 2/1’in bireysel temel haklara aktarılamayacağını kendisi belirtmektedir. *Ibid.* Biz bu maddeyi ayrı bir başlıkta ayrıntılarıyla ele aldığımız için ek açıklamalara ihtiyaç duymuyoruz.

yoluyla gerçekleştirilmesi, yine koruma alanından *a priori* dışlamayı haklılaştıran *şiddet yasağıyla* kesişmelere sahip olsa da kendi başına bir faydalanma öğretisi söz konusudur²²⁶².

Salt zarar verme ile faydalanma arasındaki farkın, yalnızca vücut bütünlüğüne yönelik fiziksel şiddetle sınırlı olmadığını, Stemmler bu kriteri, çok önemli ve belki de çoğu kişinin karşı çıkacağı bir yorumla, bir örnekten yola çıkarak gösterir²²⁶³. Buna göre, araştırmacı kriteri, Yehova Şahitlerinin çocuklarına kan nakli yapılmasını izin vermemeleri örneğindeki gibi, inanan ebeveynlerin çocuklarının hayatları hakkındaki kararlarına da uygulanabilir. Burada çocukların yaşam hakkı (GG madde 2/2) ve ebeveynlerin inanç ve vicdan özgürlükleri (GG madde 4/1) arasındaki çatışma görünüştür. Mesele şu ki ebeveynlerin kendi şahsi çıkarları söz konusu olduğunda geçerli olan vicdan hakkı, mevzubahis çocuklar olunca -onlar da “üçüncü kişiler”dir- anayasal korumadan yararlanamaz²²⁶⁴. Ebeveynin kan naklini reddi, aslında çocuğunun hayatını kendi vicdani kararının konusu haline getirerek, zarar vermeden öte araştırmacı oluşturur. Dolayısıyla burada da dar kapsam teorisi yaklaşımı geçerlidir ve en baştan ebeveynin hakkı (GG madde 4/1) koruma dışında tutulmalıdır²²⁶⁵.

İlgili tıbbi müdahalenin özelliklerine göre çocuğun rıza ehliyetinin nasıl belirlenebileceği konusu bir yana²²⁶⁶, ayırt etme gücü olmayan çocuklar için bu konu tartışıldığında²²⁶⁷, çocuğun yaşam hakkı ile ebeveynin din özgürlüğünün ve velayet hakkının karşı karşıya gelmesi değerlendirilir²²⁶⁸. AİHM’nin önüne bu konuda herhangi bir başvuru gelmemişken, konunun yaygın olarak tartışıldığı ve bir içtihadın

²²⁶² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 249.

²²⁶³ *Ibid.*

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ Çocuğun rıza ehliyeti konusundaki ölçütler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yakup Gökhan Doğramacı ve Zehra Zerrin Erkol, “Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri”, *TıhHP* 5, no. 10 (2016): 87-90; Ayşe Nilay Şenol, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no 2 (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019): 1340-1344.

²²⁶⁷ Ayırt etme gücünden bahsettiğimizde, kişinin medeni hukuka göre reşit olma yaşından değil, ilgili tıbbi müdahaleyi anlayacak bir olgunluğa sahip olmasından bahsediyoruz. Biz artık bedeli ne olursa olsun, son sözün bu konuda yeterli olgunluğa sahip olduğu kabul edilen çocuğa ait olduğunu düşünüyoruz. Yine de, “ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından ise mesele daha karmaşıktır” diyen Şenol’un bu konuda verdiği önemli bilgiler için bkz. Şenol, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, 1140 vd.

²²⁶⁸ Doğramacı ve Erkol, “Çocuklarda Kan Naklinin Reddi”, 104.

oluşturulduğu ülke ABD olmuştur²²⁶⁹. Yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklara kan nakline ilişkin davalara baktığımızda, ilgili mahkemelerin, çocuğun somut menfaatinin tehlikeye düştüğü durumda ailenin velayet hakkına karşı tedbir kararı verdikleri görülmektedir²²⁷⁰. Fakat bu tür durumlarda mahkemelerin, ebeveynlerin kararını velayet hakkının koruma alanından en baştan dışlaması söz konusu değildir.

Kültürel²²⁷¹, dini, siyasi koşullara ve tıp bilimine bağlı, çok yönlü ve çok hassas bu konuda bizim bir yargıda bulunmamız zor görünmektedir. Yine de söz konusu olan yaşam hakkı olduğunda, inanç ve vicdan özgürlüğünden öte velayet hakkına odaklanarak, bu hakkın artık çocuğun yaşamına mal olacak bir karar verme yetkisine kadar uzanamayacağı bizim de yakın olduğumuz görüştür. Ancak yaşam hakkında görece daha kolay savunabildiğimiz bu kriterin uygulanması, dini motivasyonlu sünnet örneğindeki gibi vücut bütünlüğü söz konusu olunca, daha girift bir hal almaktadır. Bu konunun çok yoğun tartışıldığı Almanya’da dahi nihai bir uzlaşmaya varılmış görünmemektedir²²⁷². Ceza hukuku açısından Alman hukuk öğretisinde çokça tartışılmış²²⁷³ bu konuyu derinlere inmeden, yalnızca kapsam teorileri açısından ele almak istiyoruz.

Çocuğun sağlığına tehdit oluşturduğu durumlarda, artık ebeveynlerin velayet hakkından bahsedilememesi gerekir. Nitekim Federal Alman Yargıtay’ının yerleşik içtihadı, “güncel, gelecekte kalıcı ve ciddi bir hasar meydana getireceğine kesin gözüyle bakılabilecek türden tehlikeler” karşısında artık çocuğun esenliğinin korunduğundan bahsedilemeyeceği yönündedir. Böyle bir durumda da çocuğun sünneti gerçekleştirilemeyecektir²²⁷⁴. Bu noktada Stemmler’e çok benzer görüşler savunan ceza

²²⁶⁹ *Ibid.*, 98.

²²⁷⁰ *Ibid.*, 104. İlgili kararlar için *Ibid.*, 101-104.

²²⁷¹ “Çatışmanın gerçekleştiği kültür”ün (özellikle AİHM nezdinde) çatışma çözümüne nasıl etki edebileceğine dair açıklamalar için bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 361-389.

²²⁷² Bu konuyu birçok yönden ele alan bir çalışma için bkz. Ece Göztepe, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya’daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi”, içinde Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt 1 (2013): 283-316.

²²⁷³ Bu konunun yoğun bir şekilde tartışılmasının nedeni, sünnet edildikten birkaç gün sonra ölen 4 yaşındaki çocuğun vücut bütünlüğüne müdahale etmek ve sağlığına zarar vermek nedeniyle suçlanan doktor hakkında ceza davası açılması ve bunun sonucunda Köln Eyalet Mahkemesinin tartışma yaratan gerekçelendirmesidir. *Ibid.*, 284. Köln Eyalet Mahkemesi, ebeveynlerin din özgürlüğü ve velayet haklarının, çocuğun bedensel bütünlük hakkıyla ve kendini belirleme hakkı ile sınırlandırıldığını belirtmiştir. Buna göre, çatışan haklar arasında ölçülülük ilkesi dikkate alınarak bir denge arandığında, çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik müdahale ölçüsüz kalacaktır. Çünkü sünnet ile beraber çocuğun vücudu sürekli ve geri dönülemez bir şekilde değişmektedir. *Ibid.*, 285-86.

²²⁷⁴ Aktaran *Ibid.*, 309-310. Nitekim bu yöndeki düzenleme Alman Medeni Kanununun 1631d maddesi olarak yürürlüğe girmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, çocuğun esenliği tehlikeye girecekse,

hukukçusu Reinhard Merkel'in görüşüyle karşılaşıyoruz. Göztepe'ye göre bu görüş sünnete karşı ileri sürülen hukuki argümanların belki de en güçlüsüdür²²⁷⁵.

Bazı sınırlamalarla beraber sünnete izin verilmesi gerektiğini savunan, fakat sünnet konusunda hak çatışmasının varlığını kabul etmeyen Merkel²²⁷⁶ tam da yukarıda değindiğimiz kriterlerle tutarlı olacak şekilde, meşru müdafaa ve zorunluluk halleri gibi istisnai durumlar haricinde bir temel hakka dayanarak başkasının vücut bütünlüğüne müdahale edilmesinin mümkün olamayacağını belirtir. Böyle bir durumda, artık bir çatışmadan değil başkasının vücut bütünlüğünün ihlalden bahsedilebilir²²⁷⁷. Ebeveynin bu konudaki onayının din özgürlüğü içinde değil²²⁷⁸, ancak eğitim hakkı içerisinde değerlendirilebileceğini ve bunun da sadece çocuğun esenliği gözetilerek yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük²²⁷⁹ olduğuna dikkat çeken yazar, bu yükümlülüğün sınırı olarak çocuğun esenliğini görür. Tüm mesele, aslında çocukların vücut bütünlüğü ile ebeveynlerin eğitim hakkının sınırının nerede başlayıp, nerede bittiği sorusuna ilişkindir²²⁸⁰.

Yukarıdaki tartışmalı kararlar bir yana, araçsallaştırma kriterinin uygulanamayacağı durumlar vardır. Örneğin, genel kişilik hakkı ile korunan kişisel haysiyet, bu öğretinin içerdiği anlamda mülkiyet hakkı gibi araçsallaştırılmaya uygun değildir²²⁸¹. Çünkü insan onuru özü dışında, genel kişilik hakkının net bir sınırı yoktur. Bir başkasının haysiyetinden faydalanma şeklinde bir durum da söz konusu değildir²²⁸². Dolayısıyla kişinin haysiyetine yapılan bir saldırı, bir başkasının mülkünün kullanımıyla aynı kriterlere tabi olmamalıdır²²⁸³. Bu durumda da kişi haysiyetine yapılan bir saldırı konu olarak, ifade özgürlüğünün koruma kapsamı içerisinde değerlendirilir. Kişinin

sünnete dair velayet hakkı artık geçerli değildir. İlgili madde https://www.buzer.de/1631d_BGB.htm (erişim tarihi: 26.02.2022).

²²⁷⁵ Göztepe, "Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi", 291.

²²⁷⁶ Reinhard Merkel, "Die Haut eines Anderen", Süddeutsche Zeitung, <https://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055> (erişim tarihi: 26.02.2022).

²²⁷⁷ *Ibid.*

²²⁷⁸ "Ancak sünnet, dini veya başka türlü bir eğitim eylemi değildir. Dini bir topluluğa ritüel entegrasyonun geri döndürülemez fiziksel işaretidir." *Ibid.*

²²⁷⁹ Bu konudaki nüfuzun, haktan ziyade "sorumluluk" veya "görev" olarak kabul edilebileceğine dair aynı yönde Amerika'da verilen *Gillick* davası için bkz. Şenol, "Sünnet ve Çocuğun Menfaati", 1342 (dp. 15).

²²⁸⁰ Göztepe, "Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi", 292.

²²⁸¹ Lorenz, "Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung", 273.

²²⁸² Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 245.

²²⁸³ *Ibid.*, 245-46.

haysiyetinin korunması karşısında gerek ifade gerek sanat gerekse de basın özgürlüğünün olduğu bir çatışmanın çözümü, sınırlama düzeyinde dikkatli bir değerlendirmeyi gerektirir²²⁸⁴. Bu da, bireysel davanın koşullarına dayalı sınırlama düzeyinde bir korumadan dışlama süreci anlamına gelir²²⁸⁵.

Alman Anayasasının 5'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, kişisel şeref hakkı birinci fıkrada yer alan hakların "sınırını"²²⁸⁶ (*Schranke*) oluşturur. Dolayısıyla Anayasanın metnine de bakıldığında metodolojik olarak bireysel davanın koşullarına bağlı, sınırlama düzeyinde, kişisel haysiyetin uğratıldığı zararın yoğunluğunun da göz önünde tutulduğu, dikkatli bir değerlendirmenin gerektiği savunulabilir²²⁸⁷. Örneğin FAYM, siyasi görüş mücadelesinde özel bir önem atfedilen siyasi partilerin ifade özgürlüklerinin, içerik değerlendirmesine dayanılarak kısıtlanamayacağına hükmetmiştir²²⁸⁸. Keza, hiciv içeren bir televizyon programına katılan kişi muhtemelen abartılı ifadelerle karşılaşacaktır. Öyleyse genel kişilik hakkının kesin kapsam sınırları soyut olarak belirlenemeyecektir²²⁸⁹.

Kişinin, genel kişilik hakkının özel bir alanı olan kendi imajına sahip olma hakkı, kişinin dış görünüşünün izinsiz sunulmasını engeller. Bu hak ile sanat özgürlüğü arasındaki çatışma, esasen anayasa altı hukuk tarafından, Sanat Telif Hakkı Yasası (KUG) hükümleri ile somutlaştırılmıştır. Buna göre, portrelerin dağıtımını kişinin rızasına bağlı olarak dağıtılabilecek veya halka açık şekilde sergilenebilecektir (KUG madde 22/1)). Dolayısıyla, yasada saklı tutulan istisnalar hariç (KUG madde 23), kişinin fotoğrafının çekilmesi ve rızası olmadan bu fotoğrafın kullanılması yasaya aykırıdır²²⁹⁰. Öyleyse bu düzenlemeler aracılığıyla, "yasama organının ilgili temel haklar arasında çıkarların tartılmasını gerektirdiği açıktır"²²⁹¹. Demek ki genel kişilik hakkının ve ondan türetilen hakkın koruma alanından *a priori* bir dışlama için dayanılabilecek sabit ve soyut olarak belirlenebilir sınırlar yoktur. Bu nedenle de bu hakların taraf olduğu çatışmalar,

²²⁸⁴ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 246; Lorenz, "Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung", 273.

²²⁸⁵ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 246.

²²⁸⁶ Vurgu Stemmler'e aittir.

²²⁸⁷ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 246, 247.

²²⁸⁸ BVerfG, 05.04.2001 - 1 BvR 932/94, <https://openjur.de/u/181045.html> (erişim tarihi: 10.02.2022). Dikkat çeken Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 247.

²²⁸⁹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 247.

²²⁹⁰ *Ibid.*, 247-48.

²²⁹¹ *Ibid.*, 248.

münferit davanın kendine özgü koşulları göz önünde tutularak, sınırlama düzeyinde ele alınmalıdır²²⁹².

Araçsallaştırma kriterinin uygulanabildiği durumlarda faydalanma öğretisiyle adeta, hakların çatışmasında tespitinin çok zor olduğu ve hatta her zaman böyle bir ayırımın mümkün olamayacağını belirttiğimiz “zarar veren”²²⁹³ ve “mağdur” ayırımı yapılmış olur. Bu tespit yapıldıktan sonra ise artık zarar verenin hakkından bahsedilmez. Bu noktada, temel hakkın kapsamının sübjektifleştirici ve objektifleştirici norm niteliği arasında ayırım yapılmalıdır²²⁹⁴. Bununla kastedilen, temel hakkı, öznenin nasıl yorumladığı ve hakkın objektif anayasa hukukunca nasıl yorumlanması gerektiğidir. İlk yaklaşım, temel bir hakkı yorumlama yetkisini, hakkın sahibine ait gören yaklaşımdır²²⁹⁵. Bu yaklaşım, hakkın anayasal bir ölçü olarak normatif niteliğini kaybetmesi, dolayısıyla öznel keyfiliğin bir işlevine dönüştürülmesi tehlikesini içerir²²⁹⁶. Zira hak sahibinin özgürlük anlayışı, hak kapsamı çerçevesinde hakkın nasıl kullanılacağını belirlemekle beraber, bu çerçevenin kendisini belirleyemez²²⁹⁷. Bunun aksinin kabulü kaçınılmaz olarak, hakkı ihlal edenin, temel haklar anlayışının mağdurun anlayışıyla çelişmesine yol açacaktır. Fakat bu ikisi değil, anayasal objektif hak (*objektive Recht der Verfassung*), devleti harekete geçmeye zorlayabilir²²⁹⁸. Hiçbir temel hak sahibi, koruma yükümlülüğün yerine getirilmesini talep ederek, kendi özgürlük sınırlarına aşarak bir diğerrinin özgürlük hakkına müdahale edemez. Dolayısıyla bahsettiğimiz kriterin ortaya çıkması, diğer anayasal normların yorumlanması için de gerekli olduğu gibi, objektifleştirici yaklaşımın tercihiyle olur²²⁹⁹.

²²⁹² *Ibid.*

²²⁹³ Can, doğrudan bu kavramı kullanır. Bkz. Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 922.

²²⁹⁴ *Ibid.*, 922-923.

²²⁹⁵ Dolayısıyla bir eylemin sanat özgürlüğüne girip girmediğini sanatçı, bilim özgürlüğüne girip girmediğini bilim insanı belirlemelidir. *Ibid.*, 923.

²²⁹⁶ *Ibid.*

²²⁹⁷ *Ibid.* Biz buna, yukarıda Müller’in teorisini değerlendirirken dikkat çekmiştik. Hak sahibinin hakkın kapsamı bağlamında kendisinin karar verecek olmasına rağmen bunun kapsam üzerinde karar verme anlamına gelmediğine dair bkz. dp. 1963.

²²⁹⁸ *Ibid.*

²²⁹⁹ *Ibid.*

3. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Dar Güvence Alanı Teorisi Çerçevesinde İncelenmesi

Yukarıda *Sprayer von Zürich* kararını ele aldığımız Federal Anayasa Mahkemesi, temelde çatışmaların çözümünde tartım yöntemini takip etmiştir. Bu bağlamda sanat özgürlüğüne ilişkin olarak, daha sonraki kararlarında, 5'inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin “koruma alanı” ile onun anayasa tarafından belirlenecek “sınırları” arasında açıkça ayırım yapmıştır²³⁰⁰.

Bununla birlikte, *Sprayer von Zürich* kararı istisnai bir karar değildir. Her ne kadar FAYM'nin bu kararda izlediği yaklaşım, diğer bir deyişle koruma alanı seviyesinde çözüm, her hâlükârda onun içtihadında az rastlanan türde bir karar olarak kalmışsa da²³⁰¹, Mahkemenin dar kapsam teorisine örnek oluşturan başka kararları da vardır. *Sprayer von Zürich* içtihadı, yalnızca bazı mahkemeler tarafından münferit davalarda dikkate alınmış ancak daha sonra genişletilmiştir²³⁰². Örneğin, 2002 yılındaki kararında FAYM, istisnai olarak, “serbest sanatsal faaliyetin ekonomik bir değerlendirme olmadan pratikte artık mümkün olmayacağı” durumlar hariç, sanat eserinin ekonomik olarak sömürülmesinin sanat özgürlüğünün “güvence alanı” altına girmediğini açıklamıştır²³⁰³.

Yukarıda her şeyden önce, temel hak çatışmalarının ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, bireysel davranışların daha baştan, ilgili temel hakkın korunması kapsamında çıkarıldığını açıkça ortaya koyan çeşitli örneklere yer verdik. Gördüğümüz üzere geniş kapsam teorisi, dar kapsam yaklaşımının izlendiği kararların hepsine istisnasız bir şekilde karşı çıkmışlardır. Dar kapsam teorisyenleri ise bu kararı kendi argümanları lehine kullanmışlardır. Hatta *Sprayer von Zürich* kararı, dar kapsam teorisyenlerinin üzerine kriterler belirlediği bir karar olmuştur.

Dar kapsam teorisini savunan Wolfgang Kahl ise *Sprayer von Zürich* kararına daha farklı yaklaşmaktadır. *Sprayer von Zürich* kararını ve aşağıda yer vereceğimiz kararları dikkate alan Kahl'a göre, literatürün önemli kesimi tarafından desteklenen

²³⁰⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 232.

²³⁰¹ *Ibid.*, 231.

²³⁰² *Ibid.*, 232.

²³⁰³ BVerfG, 16.08.2002- 1 BvR 1241/97-, Rn. 1-25,

http://www.bverfg.de/e/rk20020816_1bvr124197.html (erişim tarihi: 05.05.2022), para. 22.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/08/rk20020816_1bvr124197.html

içtihadada karşı ters bir eğilim vardır²³⁰⁴. Bu eğilim; basitçe ifade etmek gerekirse, barişçılık, (suç) yasadışıılık, *neminem laedere*, istismar, sosyal olarak zarar verme gibi geniş formüllerle değil²³⁰⁵, yorumlama veya somutlaştırma yoluyla elde edilen küçük formüllerle koruma alanlarını daraltmayı ve böylelikle incelemenin ilk aşamasında yöntemsel olarak mümkün olan çerçevesinde, temel hakların incelenmesine son vermeyi amaçlamaktadır²³⁰⁶.

Kahl'a göre geleneksel anayasal hak incelemesini izleyenler, FAYM'nin kararlarındaki bu eğilimin koruma kapsamının olgusal olarak daraltıldığı durumlar olduğunu varsayarlar. Ancak burada, kimi yazarların fark ettiği üzere, niteliksel olarak yeni bir şey vardır. Bu yeni şey de temel hakların güvence içeriğinin kısıtlayıcı şekilde belirlenmesidir²³⁰⁷. Bunun, yeni ve niteliksel bir farklılık olduğunun işaretleri FAYM'nin artık koruma alanını tekrar etmemesi, bunun yerine veya yanında, ek bir temel haklar incelemesi düzeyi açmadan "güvence" terimini kullanmasıdır²³⁰⁸. Daha ziyade, şimdiye kadarki koruma alanında inceleme düzeyi, özünde farklılaştırılmış ve "güvenceye özgü belirlemeleri" içerecek şekilde genişletilmiştir²³⁰⁹. Temel şema ise kademeli olarak durmaktadır: Güvence içeriği, müdahale ve anayasal gerekçelendirme²³¹⁰.

Özellikle iki yeni FAYM kararı, *-Osho*²³¹¹ ve *Glykol*²³¹² - Mahkemenin güvence kapsamı alanı teorisine dönüşü olarak kabul edilir²³¹³. Her ikisi de temel hakların, bireyi, devletten gelen eleştiri ve uyarılara karşı koruyup korumadıkları sorusuyla alakalı olan bu iki kararda, Mahkeme seçici bir daralmayı yorumla veya somut olarak yerine getirir. Böylece, koruma alanı ve koruma alanına müdahalenin gerekçelendirmesi gibi bir aşama

²³⁰⁴ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 169.

²³⁰⁵ Örneğin Stemmler, bunları kendi eserinde tek tek incelemiştir. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*. Bunlar, dar kapsam teorisi altında, haklara koruma alanı düzeyinde sınır çizme kriterleridir. Can, "Neminem-Laedere-Gebot", 922.

²³⁰⁶ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 169.

²³⁰⁷ Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 174-175, 178; Christian Bumke, "Publikumsinformation, Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates", *Die Verwaltung* 37, no. 1 (2004): 23 vd.; Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", 72, 74-75; Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 176.

²³⁰⁸ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 176.

²³⁰⁹ *Ibid.* Ayrıca Bumke, "Publikumsinformation", 22 vd., 28-29.

²³¹⁰ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 176.

²³¹¹ BVerfGE 105, 279 (*Osho*).

²³¹² BVerfGE 105, 252.

²³¹³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 65. Dönüş yapıldığı kastedilen kararlar BVerfGE 103, 44 (60); BVerfGE 104, 92 (104) (*Sitzblockaden III*). Ana metinde önce bu kararları değerlendirdik.

olmadan, koruma alanını ilk adımda belirleyerek, temel hak incelemesini nihayete erdirir²³¹⁴. Aşağıda bu iki karara da değineceğiz. Ancak öncesinde, dar güvence alanı teorisyenlerinin, kendi argümanları lehine örnek olarak gösterdikleri birkaç karara değineceğiz.

Bu kararlardan biri bilgi özgürlüğünü, genel olarak erişilebilir kaynaklarla sınırlamaya dair²³¹⁵ *Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II* (Mahkeme salonundaki TV kayıtları II)²³¹⁶ kararıdır. Federal Anayasa Mahkemesi söz konusu davada, mahkeme duruşmalarında ses ve televizyon yayınlarının kanunen (*Gerichtsverfassungsgesetz* § 169 cümle 2 aracılığıyla) koruma alanından dışlanmasının anayasaya uygunluğunu değerlendirmiş ve anayasaya uygun bulmuştur.

Mahkeme ilk kez *Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II* kararında, Alman Anayasasının 5'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında²³¹⁷, yayın yapma özgürlüğünü ortaya koymuştur²³¹⁸. Mahkemeye göre, Anayasa, sadece genel olarak erişilebilir bilgi kaynaklarına erişimi korur. Mahkemenin bu yorumunun, yukarıda ele aldığımız “anayasal sınırlar” konusuyla doğrudan alakası vardır. Anayasanın 5'inci maddesinin birinci fıkrasında “*herkese açık olan kaynaklardan... bilgi edinme hakkı vardır*” denildiği için, Mahkeme bu özgürlüğü herkese açık olan kaynaklarla sınırlamaktadır²³¹⁹.

Mahkeme, Anayasadaki bilgi edinme özgürlüğünün kapsam unsurlarını, yayın özgürlüğüne aktarmıştır²³²⁰. Gerekçe olarak, yayına özel kayıt ve iletişim cihazlarının yayın yoluyla bilgi yayma amacıyla kullanılması bağlamında, yayın özgürlüğü ile bilgi özgürlüğü arasında *lex specialis-lex generalis* ilişkisi gösterilmiştir²³²¹. Bilgi edinme özgürlüğünün koruma alanının ihlali, ancak genel erişebilirlik söz konusu olduktan sonra gündeme gelebilir. Bu kararda, bilgi kaynağının açıklanmasının Anayasanın 5'inci

²³¹⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 65.

²³¹⁵ *Ibid.*

²³¹⁶ BVerfGE 103, 44.

²³¹⁷ GG m. 5/1, ikinci cümle: “Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır.”

²³¹⁸ BVerfGE 103, 44 (59-60). Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 171.

²³¹⁹ Nitekim yukarıda, bu hükmü de anayasal sınırlara örnek olarak vermiştik. Bkz. bu çalışma dp. 1491.

²³²⁰ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 171.

²³²¹ BVerfGE 103, 44 (59-60).

maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki bilgi edinme özgürlüğünden²³²² veya ikinci cümlesindeki yayın yapma özgürlüğünden kaynaklanmadığını belirten Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, mahkeme duruşmaları bilgi kaynaklarıdır. Yasama organı bu kaynakların kamuya açık olup olmadığını, mahkeme işlemlerini yapılandırma yetkisi kapsamında karar verir²³²³.

Dar güvence alanı teorisyenlerinin değindiği bir diğer karar ise *Sitzblockaden III* (Oturma Eylemleri III) kararıdır. Kararın konusu Cenevre’deki Mülteciler Yüksek Komiserliği ile görüşmek amacıyla İsviçre’ye giriş yapmak için bir otoyol sınır kapısını kapatan bir grup Sinti ve Roman ile ilgilidir. Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararda Alman Anayasasının 8’inci maddesindeki toplanma özgürlüğünü, toplantının kamuoyunun oluşumuna katılmayı amaçlayan ortak bir tartışma veya gösteri için birkaç kişinin toplanması ile tanımlamıştır. Toplanma özgürlüğünün fikir mücadelesine katılımı koruduğunu vurgulamış olan Mahkeme, bu özgürlüğün, “kişinin kendi taleplerinin zorla veya başka şekilde kendi kendine yardım gibi uygulanmasını” korumadığını belirtmiştir²³²⁴. Bu bağlamda, toplanan kişilerin herhangi bir amaçla bağlantı kurması, korumadan yararlanmak için yeterli değildir²³²⁵. Mahkemeye göre, bir fikrin ifade edilmesi veya kamuoyunun dikkatini çekmenin aksine kişinin kendi projesinin icrası ön plandaysa, 8’inci maddenin birinci fıkrasının koruması artık geçerli değildir²³²⁶.

Sitzblockaden III kararı aslında Mahkemenin, ekonomik baskı ile bağlantılı boykot çağrılarının, Anayasanın 5’inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, *a priori* kapsamının dışında kaldığını kabul ettiği 1969 yılındaki *Blinkfüer* kararından²³²⁷ bu yana ifade özgürlüğü konusundaki içtihadına karşılık gelir²³²⁸. Esasen ilke olarak ifade özgürlüğünün koruması altında değerlendirilebilecek olan boykot çağrısı, “yalnızca entelektüel argümanlarla, yani ifadelerin, açıklamaların ve değerlendirmelerin ikna ediciliği ile sınırlı değil, aynı zamanda muhatapları özgürlük ve ekonomik baskıyla

²³²² GG madde 5/1, birinci cümle: “Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engelle uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır.”

²³²³ BVerfGE 103, 44 (60-61).

²³²⁴ BVerfGE 104, 92 (105). Bkz. Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 172.

²³²⁵ BVerfGE 104, 92 (104).

²³²⁶ BVerfGE 104, 92 (105).

²³²⁷ Bkz. bu çalışma dp. 395.

²³²⁸ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 172-173. Bkz. BVerfGE 25, 256 (265).

karşılaşmadan kararlarını tam olarak verme fırsatından *mahrum bırakan araçları kullanıyorsa*” geçerli değildir”²³²⁹.

Yeniden toplanma özgürlüğüne gelirsek; Mahkeme *Love Parade*²³³⁰ kararında Aşk Geçit Töreni gibi kültür etkinliklerinin, toplanma özgürlüğünün (Anayasanın 8’inci maddenin birinci fıkrasının) kapsamına girip girmediğini ele almış ve *Sitzblockaden III* içtihadını tekrarlamıştır. Buna göre, toplantı özgürlüğünün katılımcıların tesadüfi olarak toplanması halinde değil, ana odak noktası kamu işlerinde fikir oluşturma ve ifade etme ortak amacına sahip kişilerin toplanması durumunda devreye girer. Nitelik itibarıyla öncelikle eğlenceye yönelik olan kitle partileri aracılığıyla kamuoyu oluşumu ise bu korumadan yararlanamaz²³³¹. FAYM, bu kısıtlayıcı yaklaşımını, özellikle toplanma özgürlüğünün siyasi amaç içeren tarihsel köklerine bakarak, azınlıkların korunması çerçevesinde demokrasi ilkesine referansla ve özel toplantılara göre siyasi toplantılara ayrıcalık tanıyarak gerekçelendirmiştir²³³².

Biz ifade özgürlüğüne dair bu kararlarda izlenen yaklaşımın, hakların korunması açısından yanlış olduğunu düşünüyoruz. Gerçekten de dar güvence alanı teorisyenlerinin savunduğu gibi tarihi genetik yoruma başvuran Mahkemenin bu yaklaşımının haklar aleyhine olduğu açıktır. Bize göre, toplanma özgürlüğünün kapsamı ne *Sitzblockaden III* kararında ne de *Love-Parade* kararında doğru şekilde çizilmiştir. Tam bu noktada Blaesing’in temel hak kavramlarının kapsamlı yorumunun yerini, çatışmadan kaçınan kısıtlayıcı bir yoruma bırakıp bırakmayacağına dair sorusuna verdiği yanıtlar dikkat çekicidir²³³³.

Blaesing’in sorduğu soru, içtihatla din özgürlüğü ve ifade özgürlüğü bağlamında kendisine yer edinmiştir. Yazar buna, 1960 yılındaki *Glaubensabwerbung* (inancı yayma) kararını örnek olarak verir. FAYM, bu kararda Anayasanın, din ve inanç özgürlüğü anlamında herhangi bir faaliyeti değil, sadece tarihsel gelişim sürecinde medeni halklar arasında belirli ortak ahlaki değerler temelinde gelişen faaliyetleri korumak istediğini

²³²⁹ BVerfGE 25, 256 (264).

²³³⁰ BVerfG, 12.07.2001- 1 BvQ 28/01 -, Rn. 1-28, http://www.bverfg.de/e/qk20010712_1bvq002801.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

²³³¹ BVerfG, 12.07.2001- 1 BvQ 28/01, para. 18 vd.

²³³² Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 172.

²³³³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 88.

belirtmiştir²³³⁴. Dolayısıyla burada da tarihi genetik bir yoruma rastlıyoruz. Yazarın verdiği diğer örnek ise FAYM'nin toplantı ve gösteri özgürlüğüne ilişkin içtihatlarında, 8'inci maddenin, diğer vatandaşlara yönelik hedeflenen herhangi bir müdahaleyi toplantıyı “barışçıl olmayan” şeklinde kabul etmek için yeterli görmesidir²³³⁵.

Görüleceği üzere Blaesing'in değindiği kararlar, eski tarihli kararlardır ve dar güvence teorisyenlerinin FAYM'nin “güvence alanı teorisine dönüşü” olarak niteledikleri kararların ilk zamanları olarak kabul edilebilir. Bu konu esasen gerek içtihatla gerekse literatürde “bilim” ve “sanat” terimlerini tanımlama girişimiyle doğrudan bağlantılıdır²³³⁶. Ancak Blaesing'in de dikkat çektiği üzere, “*in dubio pro libertate*” ilkesiyle çelişen, temel hakları kısıtlayıcı şekilde yorumlama girişimlerinin ortaya çıkardığı tehlikeleri göz ardı etmemek gerekir²³³⁷. Bu tür yorumlar gerçekten de çatışma durumlarıyla sınırlı kalmayıp, beraberinde genel olarak temel hak güvence alanlarını da daraltmayı getirir²³³⁸. Örneğin “medeni halkların ortak görüşlerinde” pek destek bulmayan yeni dini mezhep biçimleri, başkalarının haklarıyla çatışmayacak olsa dahi din özgürlüğünden yararlanamayacaktır²³³⁹. Bu durum hem Anayasanın temel hakların devlete karşı kapsamlı şekilde koruma niyetiyle, hem de sosyal yaşamın ilerici gelişimine açıklığına aykırılık oluşturacaktır²³⁴⁰. “Temel haklara yönelik ihlalleri geleneksel, dar kapsamlı bir standarda sabitlemek, ‘istenmeyen durgunluk’ anlamına” gelecektir²³⁴¹.

Biz de Blaesing gibi, ancak aşırı derecede abartılı kullanımlarda temel hakların kısıtlayıcı yorumunun kabul edilebileceğini düşünüyoruz. Örneğin insanın kurban edildiği bir uygulamanın artık dini bir ritüel olduğu gerekçesiyle din özgürlüğünden yararlanamaması, nesnel olarak anlaşılabilir ve yalnızca öznel olarak ileri sürülmekle kalmaz, din kavramı artık burada tanınamaz²³⁴². FAYM'nin din özgürlüğünü dar yorumladığı güncel kararları da, güvence alanı teorisyenlerinin kendi argümanları için

²³³⁴ *Ibid.* BVerfGE 12, 1 (4). Bu karara, hakkın kötüye kullanılması yasağını ele alırken de değinmiştik.

²³³⁵ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 88.

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ *Ibid.*

²³³⁸ *Ibid.*, 88-89.

²³³⁹ *Ibid.*, 89.

²³⁴⁰ *Ibid.*

²³⁴¹ *Ibid.*

²³⁴² *Ibid.*

öne sürdükleri kararlardandır. Aşağıda Mahkemenin, dini özgürlüğünün koruma alanını dar yorumladığı bazı kararlarını ele alacağız.

Bu kararlardan biri yukarıda adını andığımız *Osho* kararıdır²³⁴³. 2002 yılındaki *Osho* davasının konusu, Almanya’da yer alan Hindistan kökenli, Osho meditasyon hareketi için Federal hükümetin (dönemin Gençlik, Aile ve Sağlık Bakanı) bu grubun “zararlı” ve “sahte din” niteliği taşıdığını iddia eden basın açıklamasına karşı, Osho hareketi temsilcilerinin, bu açıklamaların kanuni dayanağını tartışmalı hale getirmeleridir²³⁴⁴. FAYM, “iftira içermeyen ve tahrif etmeyen” açıklamaların din özgürlüğünün korunmasını etkilemediği görüşünü benimsemiştir. Böylece Osho davasında FAYM, Osho hareketinin “mezhep”, “gençlik dini”, “gençlik mezhebi” ve “psiko mezhebi” olarak adlandırılmasını, inanç ve vicdan özgürlüğünü etkileyen ifadelerin ve dolayısıyla bu özgürlüğün koruma alanının dışında tutmuştur. Yalnızca topluluğun “yıkıcı” ve “sahte din” olarak nitelendirilmesini ve üyelerini manipülasyona uğrattığı yönündeki ifadeleri, iftira niteliğinde görerek, inanç ve vicdan özgürlüğünün koruma alanına girip girmediğini tartışmıştır²³⁴⁵.

Osho kararına benzer ve nihayetinde bu kararı takip etmiş bir diğer karar ise *Scientology*²³⁴⁶ kararıdır. Bu kararda, Devlet Bakanlığı tarafından *Scientology* örgütüne ilişkin olarak sarf edilen “savaşmaya değer” (*bekämpfungswert*) ifadesinin, Osho kararına atıfla ne ayrımcı ne de aşağılayıcı olarak kabul edilmesinin sonucunda, Anayasanın 4’üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına dayanılarak yapılan başvuru reddedilmiştir²³⁴⁷.

Din ve inanç özgürlüğüne dair bir diğer karar *Schächten* (Helal Kesim) kararıdır²³⁴⁸. Bu karar dindar bir Sünni müslüman kasabın, Hayvan Koruma Kanununun 4a paragrafının birinci fıkrasındaki sersemletici şartından muafiyetinin reddedilmesinin

²³⁴³ BVerfGE 105, 279.

²³⁴⁴ Tolga Şirin, “Barış için Akademisyenler Olayı ve Kanunilik İlkesinin Tahribatı”, <https://www.tolgasirin.com/post/2017/08/24/bar%C4%B1%C5%9F-i-CC%87%C3%A7in-akademisyenler-olay%C4%B1-ve-kanunilik-i-CC%87lkesinin-tahribat%C4%B1> (erişim tarihi: 24.02.2022). Bu karara FAYM’nin çatışma çözüm teorisi altında, yetki sorununu ele alırken yeniden değineceğiz.

²³⁴⁵ BVerfGE 105, 279 (294-299). Bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 66; Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 170-171.

²³⁴⁶ BVerfGE 99, 185.

²³⁴⁷ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 170.

²³⁴⁸ BVerfGE 104, 337 (346) (*Schächten*).

temel haklarını ihlal ettiğini iddia etmesi üzerine alınmıştır. Hayvan Koruma Kanununun 4a paragrafında, sıcakkanlı hayvanların kesilmeden önce bayılması gerektiği düzenlemiştir. Bu paragrafın ikinci fıkrasında ise dini usullere uygun hayvan kesimi de dahil olmak üzere üç istisnai durum öngörülmüştür. Eğer kişinin üye olduğu cemaatin kuralları hayvanın dini usullere uygun olarak kesilmesini emrediyorsa, bu istisna tutulması için bir sebep oluşturur. Bu istisnanın uygulanabilmesi için ise idareden izin alınması gerekmektedir²³⁴⁹.

20 yıldır Hessen’de kasaplık yapan sünni-müslüman başvuruçunun, bayılmadan hayvanı kesmeye dair izin talebi, Federal Yüksek İdare Mahkemesi’nin 15 Haziran 1995 yılında aldığı karara dayanılarak reddedilmiştir. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, bahse konu olan bu davada Hayvan Koruma Kanunu 4a/II-2 uyarınca kişinin uyuşturma yasağından istisna tutulabilmesi için bu konuda dayatmacı ve açık emirlerin nesnel olarak belirlenmesini beklemiştir. Gerekçe olarak ise, dini vecibe konusunda cemaat mensubunun inancına dayalı sübjektif itikadın yetersiz olup, İslam dininde bu tür objektif bir vecibenin olmadığı ileri sürülmüştür²³⁵⁰.

Netice itibarıyla, talep ettiği iznin verilmemesi üzerine başvuruçunun, konuyu Federal Anayasa Mahkemesine taşımıştır. FAYM, hayvan kesimini dini bir uygulama eylemi olarak görmek yerine ancak, Anayasanın 4’üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarını gerekçe düzeyinde kullanarak, Anayasanın 2’nci maddesinin birinci fıkrasındaki kapsayıcı hakka başvurmuştur. Olayı bu bağlamda, yabancıların meslek edinme hakkını elde etme hakkı temelinde incelemiştir²³⁵¹. Zira Alman Anayasasının 12’nci maddesinde vatandaşlara tanınan çalışma hakkından, Türk vatandaşı olan başvuruçunun yararlanamaz. Bu nedenle Mahkeme başvuruyu, genel eylem özgürlüğü olarak Anayasanın 2’nci maddesi kapsamında ele almıştır²³⁵². Neticede Mahkeme, ilgili kanun hükmünü Anayasaya uygun bulmuştur. Fakat bu hükmün uygulanması sırasında yetkili makam ve

²³⁴⁹ Selen Ö. Elban, “Karlsruhe'den Hayvan Kesilmesi için Yeşil Işık”, çev. Kerem Öz, *Hukuk Köprüsü* 3, no.6 (2014): 171-172.

²³⁵⁰ *Ibid.*, 172.

²³⁵¹ Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 170; Elban, “Karlsruhe'den Hayvan Kesilmesi için Yeşil Işık”, 173. Mahkemeye göre “Alman olmayan dindar Müslüman bir kasabın, müşterilerinin dini inançlarına uygun olarak kesilen hayvanların etinden tat almalarını sağlamak için hayvanları anestezi uygulamadan kesmek isteyen faaliyeti Madde 4/1 ve 2 ile bağlantılı olarak 2/1 maddesi temelinde anayasal olarak değerlendirilecektir.”

²³⁵² BVerfGE 104, 337 (346).

mahkemeler, başvuruçunun Anayasasının 2'nci maddesinin birinci fıkrasındaki genel eylem özgürlüğünü ihlal etmişlerdir²³⁵³.

Hoffman-Riem, Mahkemenin bu yaklaşımını, özellikle çok kültürlü bir topluma geçişte tüm inanç temelli davranışlar için bir güvence oluşturan inanç özgürlüğü normunun gerçek alanının (*Realbereich*) değiştirilmesi olarak yorumlamaktadır. Kişinin vicdanına göre hareketinin, genel eylem özgürlüğü olarak değerlendirilmesi, temel haklara eklenen yeni bir işlevdir²³⁵⁴. Kahl ise bu kararı, Mahkemenin önceki kapsamlı yorumundan (Birinci Senato tarafından²³⁵⁵) temel bir sapma olarak değerlendirmiştir²³⁵⁶.

FAYM'nin koruma alanı seviyesinde sınırlamalarla uğraştığı²³⁵⁷ bir diğer karar, yukarıda adını andığımız *Glykol*²³⁵⁸ kararıdır. Davadaki soru spesifik olarak, Federal Sağlık Bakanlığı tarafından glikol içeren şarap üreticilerinin yayınladığı listenin (dietilen glikol bulunan şarapların), ilgili şarap üreticilerinin rekabet özgürlüğünü ihlal edip etmediği sorusuydu. FAYM listeye karşı yapılan anayasal şikayette bu soruya olumsuz yanıt vermiştir²³⁵⁹. FAYM, Anayasasının 12'nci maddesinin birinci fıkrasındaki meslek özgürlüğünün etkilenmediğine dikkat etmiştir: Anayasal hak, "içerik, bireysel rekabet pozisyonları üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olsa bile, piyasa katılımcılarının rekabetçi davranışı için önemli olabilecek doğru ve olgusal bilgilerin piyasaya yayılmasına karşı koruma sağlamaz"²³⁶⁰.

Böckenförde'ye göre, *Glykol* kararında da, terminolojik olarak olmasa da temel hakkın etkilediği maddi ve yaşam alanı ile hakkın güvence içeriği arasında keskin bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, işletmenin gelişmesini ve ekonomik başarısını kısıtlasa dahi, rekabet kurallarına uygun şekilde piyasaya uyumlu etkiler, bu güvencenin içeriği

²³⁵³ Ayrıca bkz. Elban, "Karlsruhe'den Hayvan Kesilmesi için Yeşil Işık", 174-175.

²³⁵⁴ Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", 63.

²³⁵⁵ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 170. Burada kastedilen, çalışmamızın ilerleyen kısmında karşılaştığımız, FAYM İkinci Senatosu'nun aldığı 24 Eylül 2003 kararıdır. İlgili karar; BVerfGE 108, 282.

²³⁵⁶ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 170-171.

²³⁵⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 66.

²³⁵⁸ BVerfGE 105, 252.

²³⁵⁹ Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 173; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 67.

²³⁶⁰ BVerfGE 105, 252 (265).

tarafından en başından itibaren kapsamaz. Böylece müdahale için yasal bir temele de gerek kalmaz²³⁶¹.

Netice itibarıyla, dar güvence alanı teorisyenleri FAYM'nin yukarıda yer verdiğimiz kararlarını rastgele bir araya getirilmiş kararlar olarak değil de, Mahkemenin niteliksel bir farklılık içeren eğilimi olarak değerlendirirler²³⁶². Kahl'a göre bu kararlar özellikle son zamanlarda "temel hakların yapısındaki daha kademeli ve seçici olan, ancak kümülatif etkileri nedeniyle ciddiye alınması gereken mevcut ve temel değişikliklerle ilgili davalardaki keskin artışı gösterir"²³⁶³. Yazara göre bu kararların önemi, Alman temel haklar dogmatikinde henüz sona ermemiş bir karışıklık aşamasını temsil etmelerinden gelir. Bu aşama ise Mahkemenin, Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasına ilişkin verdiği *Elfes* kararı doktrinden vazgeçilmesiyle tamamlanacaktır²³⁶⁴.

Değindiğimiz kararların nihayetinde Alman anayasal hak dogmasında bir değişikliğe yol açıp açmayacağı veya bunun sadece devletin bilgilendirme faaliyeti ve temel haklara dolaylı müdahale ile ilgili seçici içtihatla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı²³⁶⁵ ise sonra anlaşılacaktır²³⁶⁶. Ancak biz *Elfes* kararını ve onu takip eden içtihadı, haklı bularak ayrıntılarıyla anlattık. İlgili başlık altında yaptığımız açıklamaları da göz önünde bulundurduğumuzda, Kahl'ın ümit ettiği gibi bu içtihattan cayılacağını da sanmıyoruz. Céline Martin'in de belirttiği gibi bu kararlar FAYM'nin istisnai olarak, kimi zaman dar kapsam teorisi çizgisinde bir tutum izlediği kararlardır²³⁶⁷.

D. SONUÇ YERİNE

Böylece bu bölümün başında açıklamaya giriştiğimiz kapsam teorileri konusunu sona erdirip, FAYM'nin çatışma teorisi dediğimiz "anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık halini" ele alacağız. Ayrıntılarıyla göreceğimiz üzere, FAYM'nin teorisi esasen içkin sınır teorisidir. Bu noktada "anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali" başlığında yer alan "sınırlılık" kavramının kendisine yönelik belirsizlik bir yana,

²³⁶¹ Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 178.

²³⁶² Bkz. Kahl, "Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt", 174-175.

²³⁶³ *Ibid.*, 174-175.

²³⁶⁴ *Ibid.*, 175-176.

²³⁶⁵ Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", 73.

²³⁶⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 67.

²³⁶⁷ *Ibid.*, 64-65.

neden bu başlığı da “içkin sınır teorileri” altında ele almadığımız sorgulanabilir. Bunun için çeşitli nedenleri öne sürebiliriz:

İlk neden olarak, FAYM’nin teorisinin her şeyden önce bir çözüm teorisi olmasını ileri sürebiliriz.

İkinci neden olarak, içerdiği kimi tutarsızlık veya sorunlara rağmen FAYM’nin çatışma çözüm teorisinin yaygın şekilde kabul edilmesini ileri sürebiliriz. Nitekim bu teori kendi başına ve daha kapsamlı ele almayı gerektirir.

Üçüncü olarak, FAYM’nin kayıtsız bir temel hakkın sınırlanmasını ancak çatışan anayasal bir başka temel hak (veya anayasal statüde değer) nedeniyle kabul etmesi, bizim de savunduğumuz görüştür. Ne var ki bu kabul, bu bölüm altında ayrıntılarıyla ele aldığımız hak-sınır ilişkisine ve kapsama ilişkin teorilere dair birçok pürüz ve sorunu da içerir. Bu pürüz ve sorunları aşağıda değerlendireceğiz.

Dördüncü olarak, FAYM’nin çatışma çözümünü ele alabilmek için, artık yukarıda ele aldığımız içkin sınır teorilerindeki gibi varsayımsal örneklerden ziyade, çatışma çözümüyle doğrudan bağlantılı kararları incelememiz gerekir. Bu nedenle, “anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık (hali)”ni merkez alarak, çatışma çözümüne ilişkin soruları ve yanıtları bulmaya karar verdik.

VI. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASINDAN DOĞAN SINIRLILIK HALİ

A. GİRİŞ

Anayasal hakların çatışması ile sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlanabilirliği arasındaki yoğun ilişkiye ve bu bağlamda içkin sınır teorilerine, çalışmamızın ilk kısmında değindik. Açıkladığımız içkin sınır teorileri etkilerini yitirseler de, anayasal hakların sınırlılığı teorisi “çatışmadan doğan sınırlılık hali” görüşü ile devam etmiştir.

Çatışmadan doğan sınırlılık halinin gerçekten de içkin sınırlılık oluşturup oluşturmadığı sorusu bizim için önemlidir ve bunu tartışacağız. Ancak burada, şimdilik kısa bir açıklamayla yetinelim. Müller’in nesnel sınırlılık teorisi hariç, sınırsız hak anlayışının reddinden yola çıkan içkin sınır teorileri, sınırlama kaydı öngörülmemiş

anayasal hakların, kamu çıkarları veya üçüncü tarafların hakları ile çatışmaları nedeniyle mutlaka sınırlandırılmaları gerektiğini ileri sürerler²³⁶⁸. FAYM'nin çatışmadan doğan sınırlılık teorisi ise, ayrıntılarıyla açıklayacağımız üzere, bu görüşü daha dar bir çerçevede ve pozitif dayanak olarak literatürde uzun süredir dile getirilen “anayasanın birliği” ilkesine dayanarak kabul etmiştir²³⁶⁹.

B. FAYM’NİN ÇATIŞMA ÇÖZÜM TEORİSİ

Federal Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında²³⁷⁰ (Alman Anayasasının 4’üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine dair²³⁷¹) *Dienstpflichtverweigerung* (Vicdani Ret) kararında, ilk kez kayıtsız (*vorbehaltlos*) olarak güvence altına alınmış anayasal hakların sınırları hakkında açıklama yaparak²³⁷², “çatışan anayasal normlarla sınırlamaya izin veren çözüm modelinin ana hatlarını çizmiştir”²³⁷³.

Dienstpflichtverweigerung kararında Mahkeme, vicdani ret başvurusu hakkında henüz karar verilmemiş olan askerlerin, silah taşımayı reddetmeleri halinde disipline tabi tutulup tutulamayacakları sorusuna odaklanmıştır. Mahkeme, zorunlu askerlik hizmeti ile vicdani ret hakkı arasındaki norm çatışmasıyla ilgilenmek zorunda kalmış ve başvurucuların anayasal şikâyetlerini reddetmiştir²³⁷⁴.

Dienstpflichtverweigerung kararına²³⁷⁵ göre, kayıtsız olarak öngörölmüş her anayasal hak²³⁷⁶, sınırlarını, yalnızca “çatışan üçüncü tarafların temel hakları ve anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler”de bulur. Başka bir ifadeyle, bu haklar kendileriyle çatışan anayasal hükümler ile sınırlıdır²³⁷⁷. Böylece *Vicdani Ret* kararından itibaren, anayasal hak çatışması nihayet tanınmış bir argüman haline gelmiş²³⁷⁸; FAYM'nin

²³⁶⁸ *Ibid.*, 53-54.

²³⁶⁹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 124-125.

²³⁷⁰ BVerfGE 28, 243.

²³⁷¹ GG m. 4/3, birinci cümle: “Hiç kimse, vicdanına aykırı olarak, silahlı savaş hizmetine zorlanamaz.”

²³⁷² Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 103.

²³⁷³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 14; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 4.

²³⁷⁴ Ayrıca bkz. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55.

²³⁷⁵ BVerfGE 28, 243 (260 vd.).

²³⁷⁶ Örneğin GG m. 4/1 ve 2; m. 5/3, m. 6/1, m. 8/1, m. 9/3, m. 12/1 cümle 1, m. 12/3, m. 16/2, m. 17.

²³⁷⁷ Bu konuda bkz. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 696; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 54; Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 359; Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 50; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 4.

²³⁷⁸ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 696.

kararlarında sıkça rastlayacağımız ve doktrinde de kabul edilen şu argüman yerleşmiştir: Anayasal haklar kayıtsız olsalar bile, sınırsız değildirler²³⁷⁹. Kayıtsız temel haklar, ancak “tek tek ilişkilerde istisnai olarak sınırlandırabilir”²³⁸⁰.

FAYM’nin çatışma çözüm içtihadındaki merkezi ifadesi olarak kabul edilen²³⁸¹ ve çatışma çözüm formülü olarak sık sık atıf yapacağımız formülü, Mahkemenin kendi ifadeleriyle de bir bütün olarak aktarmakta fayda var: “Yalnızca üçüncü kişinin çatışan temel hakları ve anayasa statüsüyle donatılmış diğer hukuki değerler, Anayasanın bütünlüğü ve onun tarafından korunan bütün değerler düzeni dikkate alınarak, sınırlandırmaz temel hakları da tek tek ilişkilerde istisnai olarak sınırlandırabilir”²³⁸².

FAYM’nin çatışma çözüm teorisi, kimi zayıf yönlerine ve belirsizliklerine rağmen, hem literatürde hem de içtihatla kabul görmüş²³⁸³, ancak kimi münferit durumlarda tamamen reddedilmiştir²³⁸⁴. Bamberger’in özetlediği gibi, anayasal yorum yoluyla elde edilen ve sistematik olarak nitelikli yasal kayıtlar arasında sayılan bu anayasa kaydı (*Verfassungsvorbehalt*), bir toplumda özgürlüğün sınırsız kullanımı açmazını çözer; ancak bu sefer de kendi başına yeni sorunlar yaratır²³⁸⁵. Nitekim FAYM’nin çatışma çözüm formülünün kendisi başta olmak üzere, özellikle anayasal statüye sahip “diğer hukuki değerler” hususu, aşağıda göreceğimiz üzere, farklı yönlerden yoğun şekilde eleştirilir²³⁸⁶. Bu nedenlerle, yine Bamberger’in çok güzel ifade ettiği gibi, görünürdeki tutarlılığına rağmen, kayıtsız temel hakların dogmatik açık çeki (*Freibrief*) yeniden gözden geçirilmelidir²³⁸⁷.

²³⁷⁹ Bu yöndeki kararlar için bkz. Pischel, “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”, 358; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 98. Ayrıca bkz. Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 694.

²³⁸⁰ BVerfGE 28, 243 (260 vd.).

²³⁸¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 103-104.

²³⁸² “Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch einschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.” BVerfGE 28, 243 (260 vd.).

²³⁸³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 104, 110; Christian Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt? Zur Auflösung eines grundrechtsdogmatischen Paradoxons”, *Der Staat*, 39, no. 3 (2000): 357.

²³⁸⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 104.

²³⁸⁵ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 355.

²³⁸⁶ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 173; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 355, 362; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 698.

²³⁸⁷ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 355-56.

Biz FAYM'nin çatışma çözüm teorisinde ortaya çıkan sorunları; belirsizlikleri ve zayıf yönleri tek tek açıklayacağız ve böylece bir önceki bölümde belirttiğimiz gibi, anayasal hakların çatışma çözüm teorisini, FAYM'nin teorisini merkez alarak ortaya koymuş olacağız. Bunun için çalışmamızın kapsamını da tekrar vurgulayacak şekilde, ilk olarak, “diğer hukuki değerler” kavramına yöneltilen eleştirilerden başlayacağız.

1. FAYM'nin Çatışma Çözüm Formülündeki “Diğer Hukuki Değerler”

Kavramı

Anayasal hak çatışmaları kapsamında, yalnızca üçüncü kişilerin çatışan temel hakları ve *anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler*, kayıtsız (sınırsız) temel hakları bireysel ilişkilerde istisnai olarak sınırlayabilir²³⁸⁸. Diğer hukuki değerler kavramı, yukarıda da belirttiğimiz gibi birçok yönden eleştirilmiştir. “Anayasa derecesi ile donatılmış/anayasal statüye sahip diğer hukuk değerler” kavramı; her şeyden önce “diğer anayasal normlar”, “toplum çıkarları”, “anayasal korumadan yararlanan çıkarlar”, “ilkeler” veya “Anayasanın diğer yüksek temel değerleri”, “çatışan anayasal değerler” olarak da kararlarda kendine yer bulur ve bu haliyle belirsizlik yaratır²³⁸⁹.

Bir diğer belirsizlik yaratan husus, nelerin, “anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler” arasında sayılması gerektiğine dairdir²³⁹⁰. Sorun şuradadır ki Federal Alman Anayasasının (ve pek tabii bizim Anayasamızın) birçok hükmü ve/veya hukuken korunan bir menfaat, kolaylıkla anayasal değer veya menfaat olarak görülüp²³⁹¹ anayasal düzeye yansıtılabilir²³⁹². Nitekim FAYM'nin 1970 yılındaki kararında ortaya attığı çatışma çözüm formülü, bu değerlerin de dogmatik ve pratik olarak içkin sınırlar olarak kullanılması yönünde geniş bir alan açar²³⁹³. Böylece de sayısız kısıtlama elde edilebilir²³⁹⁴. Bu durumda ise anayasal hakları sınırlayan anayasal değerler enflasyonu

²³⁸⁸ BVerfGE 28, 243 kararından beri, yerleşik içtihadın oluştuğuna dair bkz. Marcus Schladebach, “Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip: Eine Verteidigung”, *Der Staat* 53, no. 2 (2014): 270.

²³⁸⁹ Ayrıntılar ve ilgili kararlar için bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 15; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 359-360.

²³⁹⁰ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 270.

²³⁹¹ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 168-69.

²³⁹² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 113; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 364; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 699.

²³⁹³ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 168.

²³⁹⁴ *Ibid.*, 168-169; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 364.

ortaya çıkar²³⁹⁵. Eğer bunlar, anayasaya içkin sınırlar olarak dikkate alınırlarsa, sadece yasama organının uygulamak zorunda olabileceği izin verilen kısıtlamalar olarak değil, zaten yürürlükte olan ve bu şekilde etkili olan kısıtlamalar olarak işlev görürler²³⁹⁶. Belirli bir hukuki değeri koruduğu, yorumundan çıkarılabilecek herhangi bir anayasal norm, sübjektif anayasal hakların ortaya çıkmasını potansiyel olarak engelleyebilir²³⁹⁷.

Temel hak normlarında yer alan hukuki menfaatlerin, temel hakları kısıtlayabileceği kabul edilirken, FAYM'nin, hakları sınırlamak için başvurduğu diğer anayasal normlar konusunda uzlaşa yoktur. Özellikle de anayasal yetki hükümlerindeki ve kurumsal hükümlerdeki menfaatlerin böyle bir sınırlayıcı etki geliştirmesinin gerekip gerekmediği, doktrinde henüz netliğe kavuşturulmamış çok tartışmalı başka bir sorudur²³⁹⁸. Bu soruya olumlu bir yanıt, FAYM'nin kısmen olumlu içtihatlarına rağmen²³⁹⁹, nihai olarak reddedilmelidir²⁴⁰⁰. Bu tutumun reddedilmemesi, Anayasanın kademeleştirilmiş sınırlama sistemini zayıflatacak ve ilgili temel hakların sınırsız doğasını baltalayacak, şüpheli bir toplum kaydı ile sonuçlanacaktır²⁴⁰¹.

Birbiriyle çatışan temel hakların ötesinde, “hukuki değer” olarak nitelendirilebilecek olanın ne olduğu ve bir hukuki değer nasıl “anayasal statüye” kavuştuğu, Anayasadan veya FAYM'nin genel formülünden çıkarılamaz. Sadece FAYM tarafından vaka bazında karşılaştırılabilir²⁴⁰². Burada çatışan anayasal hakları

²³⁹⁵ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 360, 364.

²³⁹⁶ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 168-69.

²³⁹⁷ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 113. Devletin ve toplumun korunan varlıkları olan bu menfaatler, belirli bir sayıda değildir. Anayasal düzen, özgür demokratik temel düzen, kamu güvenliği ve düzeni, salgın hastalık riski veya küçüklerin korunması bu menfaatlere örnek olarak verilebilir. FAYM'nin, potansiyel olarak tüm anayasal değerlerin, kayıtsız temel haklara karşı tartışılabileceği görüşünden uzaklaştığı kararları da vardır. Örneğin, anayasaya aykırı filmlerin ithalat yasaklarıyla ilgili olarak, sanat özgürlüğü güvencesi yalnızca “anayasasının diğer üstün temel değerleri” ile sınırlandırılmıştır. İlgili karar BVerfGE 33, 52 (70-71)(*Zensur*)’dan belirten Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 116.

²³⁹⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 114; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 270. Örneğin *Dienstpflichtverweigerung* kararında, ilgili yetki ve organizasyonel düzenlemelerle, GG madde 12a/1, Madde 73, no.1 ve madde 87a/1 ile Silahlı Kuvvetlerin işlevselliği, anayasal statüye kavuşturulmuştur. Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 365. Bu ve bunun dışındaki örnekler ile özellikle yetki normlarına ilişkin tartışmanın ayrıntıları için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 114.

²³⁹⁹ BVerfGE 28, 243 (261); BVerfGE 53, 30 (56) ve diğer kararlar için bkz. Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 270 (dp. 41).

²⁴⁰⁰ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?”, 366-67; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 270.

²⁴⁰¹ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 362; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 270.

²⁴⁰² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 112-113.

dengelemekten ziyade, asıl sorun bunları belirlemek ve uygulamak şeklinde anayasal yorumdur²⁴⁰³. FAYM açıkça “her türden anayasal hükmü” potansiyel olarak sınırlamalar için uygun görür²⁴⁰⁴. Bundan dolayı, esasında amacı temel hakları sınırlamak olmayan anayasa hükümlerine başvurulması riski vardır. Hakka müdahalenin meşrulaştırılması, birçok şeyi “anayasal statüye sahip hukuki bir değer” yapmak için temel haklar normlarının geniş bir yorumu kullanılabilir²⁴⁰⁵.

Anayasal değerler, anayasal statüye sahip olarak nitelendirildiğinde, artık genel olarak hem sınırsız hem de yasa kayıtlı temel haklara içkin sınırlar (*verfassungsimmanente Schranken der Grundrechte*)/içkin anayasa kayıtları (*immanenten Verfassungsvorbehalt*) olarak²⁴⁰⁶ kabul edilip uygulanır²⁴⁰⁷. Böylelikle, temel hakların güvencelerini, genel olarak görelileştiren bir işlev üstlenirler²⁴⁰⁸. FAYM’nin sınırlama formülünde öngördüğü, anayasa hukuku ile anayasa altı hukuk arasındaki ayrımı aşındırırlar ve kayıtsız temel hakların istisnai niteliğinin kaybolmasına yol açarlar²⁴⁰⁹. Sonuç olarak, FAYM’nin metodolojisi, FYİM’nin sıklıkla eleştirilen toplum kaydına (*Gemeinschaftsvorbehalt*), farklı bir argüman doğrultusunda ve temel bir sınırlama olmaksızın, geri döndüğü suçlamasına maruz kalır²⁴¹⁰.

Yukarıda değindiğimiz eleştirilerle bağlantılı olarak, FAYM’nin içtihadıyla oluşan çatışma çözüm formülü “hakim kaydı”na (*Richervorbehalt*) kayma olarak da görülür. Bu nedenle yasa kaydı olmayan anayasal haklar için bu çözüm uygun görülmez²⁴¹¹. Hakim kaydı, belirli devlet önlemleri ve kararlarından, yalnızca yargının sorumlu tutulduğu anlamına gelen kanuni bir yargı kuralıdır. Anayasanın bazı maddelerinde, hakim kaydı öngörülmüş olabilir²⁴¹². Özellikle ceza muhakemesi

²⁴⁰³ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 169.

²⁴⁰⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 113.

²⁴⁰⁵ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 168.

²⁴⁰⁶ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 357.

²⁴⁰⁷ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 173.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, 168.

²⁴⁰⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 113.

²⁴¹⁰ *Ibid.*; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 173; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 362. Gerçi ilginç bir şekilde Bethge’nin bizzat kendisi -bahsettiği koşullar ve gereklilikler altında ve sınırlarıyla tanımlanan- bu anayasal kayda, toplum rezervasyonu da denilebileceğini belirtir. Ancak yazara göre buradaki en önemli şey bu kaydın, keyfi olarak başvurulmasının devletin sorumluluğunda olduğu “kamu düzeni” kaydı ile aynı olmadığına farkına varılmasıdır. Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 696.

²⁴¹¹ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 173.

²⁴¹² Örneğin, GG m. 13/2: “Aramalar, ancak yargıç kararı, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yasaların öngördüğü diğer organların kararı üzerine ve yalnız yasalarda yazılı şekilde yapılabilir.”

hukukunda, bireyi korumak amacıyla öngörülen “hakim kaydına kayma” ile kastedilen, diğer anayasal değerlere başvurarak hakimin adeta kendisine bir yetki verilmiş gibi anayasal hakları sınırlamasıdır.

Hakim kaydı meselesini ele alabilmemiz için FAYM’nin bu formülünün içkin sınırlar olarak ele alınıp alınamayacağını ve bu formülde yasama organının işlevini derinlemesine analiz etmemiz gerekir. Biz aşağıda bunu “FAYM’nin çatışma çözüm modeli nasıl işler?” başlığı altında ele alacağız. Bu içkin sınırlar kaydı karşısında, yasama organının ve FAYM’nin görevini ve bu ikisinin ilişkisini değerlendireceğiz. Bu sınırların hukuki olarak içkin sınırlar şeklinde nitelendirilmesi ve bunun sonucunda da yasa koyucunun işlevinin kurucu değil, ancak açıklayıcı olduğunun kabulü halinde, burada hakim kaydına kayma ihtimali artacaktır. Bu durum, özellikle belirsiz “diğer hukuki değerler” kavramının içeriğinin doldurulmasında sorun yaratacaktır.

“Diğer hukuki değerler”in tespiti ve bununla bağlantılı olarak değindiğimiz eleştiriler, yerinde eleştirilerdir. Gerçekten de yukarıda bahsedilen riskin ortaya çıkmasıyla, temel hak sınırlamaları kademeleşmesi zayıflatılacak ve özel korumaya rağmen kayıtsız öngörülen anayasal haklar, basit yasa kaydına tabi tutulacaklardır²⁴¹³.

Çatışan anayasal hukuki değerlere dayanarak, geniş kapsamlı bir yorumla, birçok şey kayıtsız anayasal haklara müdahale için gerekçe oluşturduğunda, FAYM’nin formülünde yer alan “istisnai bir sınırlama”nın da anlamı kalmayacaktır²⁴¹⁴. Hem sayısız kısıtlama gerekçesi yaratma riski, hem de hakim kaydı iddiasını destekleyecek şekilde yargı tarafından sınırlamalara uygun olduğu tanınan birkaç anayasal değeri yazalım:²⁴¹⁵ “Ulusal askeri savunmanın işlevselliği”, “okul sistemi ve eyalet eğitim yetkisi”, “küçüklerin korunması”, “çevrenin korunması”, “hayvanların korunması” ve “Federal

Bkz. Urteil im Strafrecht Blog, “Richtervorbehalt”, <https://www.strafrecht-bundesweit.de/strafrecht-blog-tag/richtervorbehalt/> (erişim tarihi: 12.05.2022).

²⁴¹³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 114.

²⁴¹⁴ *Ibid.*, 116. Ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 126, 127. FAYM, bu haklı eleştiriyi, ancak son zamanlarda açıkça ele almış ve öz eleştirel olarak, anayasal içeriğin sınırlandırılmasını kabul ederken daha kısıtlayıcı bir tutumun gerekli olduğu kanaatine varmıştır. Daha önceki içtihatlarının aksine, artık “anayasanın korunması” veya “(cezai) adalet yönetiminin işlevselliği” gibi en genel, kalıplaşmış ilkelerin, temel hakları sınırlandırmak için dayanak oluşturmayacağını vurgulamıştır. Bunun yerine, bireysel hak hükümleri temelinde, davanın koşulları gerçekçi bir şekilde değerlendirildiğinde temel hakkın koruduğu çıkarla çatışan, anayasal olarak korunan hukuki çıkarların belirlenmesi ve hakkın bunlarla pratik uyuşuma konması gerekmektedir. Açıklamalar ve ilgili kararlar için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 116.

²⁴¹⁵ *Ibid.*, 113.

bayrak ve milli marş” gibi devlet sembolleri. Bunların her biri, FAYM kararlarında anayasal değer olarak tanınmışlardır²⁴¹⁶. Oysa FAYM’nin, kayıtsız temel hakların kısıtlanması için ileri sürdüğü sebeplerin hakkını vermek için, çatışan anayasal hakları daha net bir şekilde tanımlanması gerekir²⁴¹⁷. Aksi halde, gerek bu değerlerin hurda bir tartım malzemesine dönüşeceği eleştirisi²⁴¹⁸, gerekse de pratik uyum ilkesinin, anayasal olarak kısıtlanmamış temel hakların sınırlandırılmasını baskın ortak çıkarlara bağlı kılan bir denetim olduğu²⁴¹⁹ düşüncesi de haklılık kazanacaktır. Üstelik belirsizliğe yol açacak şekilde hukuki değerlere başvurulması, Federal Alman Anayasasının 1’inci maddesinin üçüncü paragrafında öngörülen, Devlet eylemlerinde temel hakların bağlayıcılığı ile de açık bir çelişkiye düşecektir²⁴²⁰.

Netice itibarıyla, “hukuki değerler” anayasanın kendisi tarafından tanınan konuyu ifade etseler bile, temel hak güvencelerini sınırlamak için genellikle uygun değildir²⁴²¹. Değindiğimiz tüm eleştiriler ve ortaya konan risklerden yola çıkarak bu sonuca varsak da, en azından FAYM’nin formülündeki “çatışan anayasal haklar” kısmını biz tamamen benimsiyoruz. Sınırsız olarak öngörülmüş anayasal haklar dahi, kendisiyle çatışan anayasal haklar nedeniyle sınırlanabilir. Bu durumda bize, belki formülü şartlı olarak ele aldığımız eleştirisi yöneltilebilir. Ancak biz yukarıda özetle değindiklerimiz dışında, “diğer anayasal hükümler”in sınırlama dayanağı olmasına yönelik tüm eleştirilere, burada yer vermiyoruz²⁴²².

²⁴¹⁶ Kararlara dikkat çeken *ibid.*, 113-114; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 361.

²⁴¹⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 117. Bir anayasal değer, anayasal hakkı kısıtlamasına neden olacak gerekliliğin, anayasa kaydı kavramı temelinde geliştirilmemiş olduğuna dair aynı yönde Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 359.

²⁴¹⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 117.

²⁴¹⁹ Jan Philipp Schäfer, *Ordoliberalen Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes*, *Der Staat* 48, no. 2 (2009): 237 (dp. 89).

²⁴²⁰ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 355-356, 364.

²⁴²¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 114-115. Daha fazla ayrıntı için Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 115-116.

²⁴²² FAYM’nin her şeyden önce bu kararıyla ortaya koyduğu “anayasal statüyle donatılmış hukuki değerler” meselesinin sorunlu olmasına dair ve buna yönelik eleştiriler için bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 124 vd. Çatışmadan doğan sınırlılık teorisinin bir dezavantajı olarak, üçüncü tarafın çatışan hakları dışında “anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler”e ilişkin eleştiriler ve riskler için bkz. Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 698. Bu noktadaki riskleri bir nevi bertaraf etmek için olsa gerek, Schnapp, bir dizi başka düşüncelerin kabul edilmesinin gerekliliğinden bahsetmekte, anayasal hukuki menfaatler kısmını biraz daha açmakta ve somutlaştırmaktadır. Bkz. Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 734-35.

Çalıştığımız konu kendi başına geniş ve çetin bir konudur. Eğer bu zorluğa ek olarak, bir tarafı anayasal hukuki değerlerin oluşturduğu çatışmalarla da uğraşmak isteseydik, konumuzu en başta sınırlamış olmazdık. Şüphesiz bu konuların daha derinlemesine çalışılması gerekir; ancak bu bizim çalışmamızı aşar. Biz, çalışmamızın çerçevesi açısından (özellikle sınırlama kaydı içermeyen) anayasal bir hakkın, başka bir anayasal hakla çatışması nedeniyle sınırlanmasına odaklanıyoruz. Çatışan “diğer anayasal hükümler”²⁴²³, gerek FAYM’nin içtihadında gerek doktrinde bir sınırlama/sınırlılık sebebi oluşturmaktayken, biz bunun üzerinde durmayacağız. Aksi takdirde karşımıza, çalışmamızın kapsamı dışında tuttuğumuz “sahte çatışma” halleri çıkacaktır.

Peki, FAYM’nin formülünün bir kısmını bırakıp (yalnızca eleştirileri ortaya koyarak), diğer kısmını almak sorunlu mudur? Hayır değil! Netice itibarıyla bu eleştiriler, bizim iddiamıza, yani çatışan anayasal hak kısmına, aynı şekilde yöneltilemez. Hatta formülün, bizim kabul ettiğimiz kısmını, yani üçüncü kişilerin hakları nedeniyle hakların sınırlanmasını kabul etmekle beraber, anayasal değerleri bu anlamda kesinlikle reddeden yazarlar da vardır²⁴²⁴.

Bizim çalışmamızın tüm arka planına sinen, ortaya koyduğumuz bir gerçek vardır. O da şudur ki anayasa, hükümleriyle bir birlik oluşturmasına ve uyumuna rağmen, hiçbir zaman çelişkiden tamamen azade değildir²⁴²⁵. Anayasal hakların çatışmasının ortaya çıktığı yerde, artık hukukun yüzleşmek zorunda olduğu bir gerçeklik vardır. Bu, teorik bir problemden ibaret değildir. İki anayasal hak iddiası birbirinin pahasına ileri sürüldüğünde, artık bir şekilde bu hakların sınırlarının çizilmesi gerekir²⁴²⁶. Haklardan birinin asla kabul edilmediği yerde ise zaten çatışma da yoktur. Çatışmanın olmadığı yerde de yalnızca bu yokluğu tespit etmek yetecektir.

Tüm bunlarla bağlantılı olarak, belirtelim ki FAYM’nin *Dienstpflichtverweigerung* kararı “çatışmadan doğan (içkin) sınırlılık” içtihadına dair

²⁴²³ Sübjektif bir anayasal hak ile anayasal statüyle donatılmış hukuki değerler (veya toplum çıkarları) arasındaki çatışmaya dair bkz. Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 166.

²⁴²⁴ Bkz. Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 369 vd., 372, 376, 377. Hatta Bamberger, çatışan hakları “karşılıklılık kaydı anlamında, koruma alanı sınırları olarak çatışan temel haklar” (*Kollidierende Grundrechte als Schutzbereichsgrenzen im Sinne eines Gegenseitigkeitsvorbehalts*) olarak ifade eder. *Ibid.*, 372.

²⁴²⁵ Bu konuda çalışmamızın “Anayasanın Bütünlüğü İlkesi” başlığına bakılabilir.

²⁴²⁶ Aynı yönde bkz. Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 372.

kilit karar olmakla beraber, bizim konumuza doğrudan bir örnek teşkil etmez. Çünkü bu kararda çatışma, bireysel menfaat ile “diğer anayasal değer” (toplumsal) menfaat arasındadır²⁴²⁷. Bu nedenle, kararda o dönem henüz tanınmamış vicdanı ret hakkı ile “Silahlı Kuvvetler’in kesintisiz hizmetinin gerekliliği” ve “silahlı kuvvetlerin iç yapısının korunması” arasındaki çatışmada, çıkarların tartılması sonucuna dikkat çekerken ilgilendiğimiz nokta, Mahkemenin bunları da anayasal statüyle donatılmış değerler olarak kabul etmesidir. Ancak, savunmaya ve silahlı kuvvetlere dair bu korumanın, anayasal statüde olup olmadığına dair çok tartışmalı²⁴²⁸ soru, bizim çalışmamızın kapsamını aşar.

Dienstpflichtverweigerung kararı, sanat özgürlüğü (*Mephisto*)²⁴²⁹ ve inanç özgürlüğüne ilişkin (*Gesundbeter, Üfürükçü*)²⁴³⁰ diğer iki kararla beraber FAYM, kendi içkinlik teorisinin metodolojik ve dogmatik ilkelerinin taslağını oluşturmuştur²⁴³¹. Bu iki kararın ilk karardan farkı, bizim çalışmamızı oluşturan konuya, bir başka deyişle, farklı anayasal hak taşıyıcıları arasındaki anayasal hak çatışmalarına ilişkin olmasıdır. Bu biçimsel farklılığa rağmen, temel teorik ögeler ve argüman biçimleri her üç kararda da aynıdır. *Dienstpflichtverweigerung* kararında bunları ortaya koyduk. Çalışmamız açısından bu karardaki önemli nokta, Mahkemenin “anayasal statüde” gördüğü çatışan iki menfaatten birine mutlak bir öncelik vermemesi, örtülü olarak, çatışan normlar için mutlak bir tercih kuralı olmadığını ve bu nedenle çözümün, bireysel davanın tipik tasarımı ve özel koşulları dikkate alınarak yapılması gerektiğini varsaymasıdır.²⁴³²

²⁴²⁷ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 107.

²⁴²⁸ Bu karara dair önemli eleştiriler için bkz. *ibid.*, 110 vd.; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 365 vd.

²⁴²⁹ BVerfGE 30, 173 (191 vd). Karara konu olay için bkz. “FAYM’nin Pratik Uyuşum İçtihadı”/ “Mephisto Kararı” başlığı.

²⁴³⁰ BVerfGE 32, 98 (107 vd.). Bu karar, Evanjelik kilisesine üye hastanın kan naklini kabul etmeyip ölmesi üzerine, bu süreçte kocanın, inançlarına aykırı olmasına rağmen, karısını kan nakline ikna etmemiş olması nedeniyle, taksirle adam öldürme gerekçesiyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi üzerinedir. FAYM Anayasada sınırlama kaydı olmaksızın düzenlenmiş inanç özgürlüğünün (GG m. 5/3), sınırsız olarak güvence altına alınmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu kararda da, bu özgürlüğün sınırlarının, yalnızca Anayasanın kendisi tarafından belirlenebileceğini ifade etmiştir. Ancak nihayetinde, kocanın bunun için cezalandırılmayacağına karar vermiştir. Ayrıca bkz. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 106. Kanadoğlu’na göre, bu kararda kişinin din özgürlüğü ile yaşama hakkı arasındaki çatışmada din özgürlüğü, yaşama hakkı karşısında daha üstün görülmüştür. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 83.

²⁴³¹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 107. *Mephisto* ile *Gesundbeter* kararı ile *Dienstpflichtverweigerung* kararının, farklı şekilde ayrımı için ayrıca bkz. Annegret Rohloff, *Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA*, içinde *Schрифtfreihe zum Staats- und Verwaltungsrecht* Bd 5, yay. haz. Wilms Heinrich ve Muckel Stefan (Berlin ve Münster, LIT Verlag, 2008), 53-54.

²⁴³² Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 109. Aynı argümanın yürütüldüğü kimi kararlar için bkz. *ibid.* (dp. 4).

FAYM, “anayasanın bütünlüğü”ne²⁴³³ ve anayasanın koruduğu tüm “değerler sistemi”ne (değerler düzeni) dayanarak bu varsayımı yürütür²⁴³⁴.

Anayasanın bütünlüğü ilkesi, özellikle sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklar ile diğer anayasal hak normlarının çatışmalarında bunlar arasında uyumlaştırma sağlamaya uygundur. Çatışma çözümüne ilişkin uygulama alanlarından birini, pratik uyuşum (*Praktische Konkordanz*)²⁴³⁵ ilkesi oluşturur²⁴³⁶. Buna göre, anayasanın bütünlüğü ilkesi, (çatışan) iki anayasal değer/norm ve ilkelerin her ikisinin de optimal bir etkinliğe ulaşabilmesi için her ikisine de, - kendi anlam ve ağırlıklarını dikkate alarak- sınırlar çekilmesi şeklinde bir uyumlaştırma görevi görür²⁴³⁷. Nitekim FAYM’nin formüleştirdiği ifadesi de (üçüncü şahısların çatışan temel haklarının sınırlandırılmamış temel hakların sınırlandırılmasına izin verdiği görüşü), ancak anayasanın bir bütün oluşturduğu bilgisi temelinde haklı çıkarılabilir²⁴³⁸. Öyleyse FAYM’nin çatışma çözüm teorisini merkez alarak ele almamız gereken ikinci konu, anayasanın bütünlüğü ile pratik uyuşum arasındaki ilişki ve pratik uyuşumun kendisidir. Anayasanın bütünlüğü ilkesine

²⁴³³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 98, 100; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 359; Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 166.

²⁴³⁴ BVerfGE 28, 243 (260, 261). Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 16. Ayrıca Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 98; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 139; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 359. Belirtelim ki bu formül yalnızca “değerler düzeni” ve “anayasanın bütünlüğü ilkesi” ile değil, aynı zamanda Federal Alman Anayasasındaki insan imajına dayanılarak da haklılaştırılır. Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 359, 360-361. İnsanın toplumdan bağımsız ve izole edilmiş bir varlık olarak görülemeyeceğine dair imajına, çalışmamızın ilk kısmında “Sınırsız Hak ve Özgürlük Düşüncesinin Reddi” başlığı altında yer vermiştik.

Eberhard’dan, Avusturya anayasa hukuku dogmatğinde de sınırsız olarak öngörölmüş hakların herhangi bir kısıtlama olmaksızın geçerli olduklarının kabul edilmediğini, bu haklara içkin güvence sınırlarının (*immanente Gewährleistungsschranken*) varlığının kabul edildiğini öğreniyoruz. Bu güvence sınırları varsayımı ise temel hak sahibinin özgürlüğünün “diğer anayasal değer kararları, kurumsal garantiler veya görev normları” ile diğer özgürlüklerle sınırlı olduğu (nu gösteren) “anayasanın bütünlüğü” ilkesine dayanır. Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 314.

²⁴³⁵ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 vd. (para. 72 vd.); Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 89.

²⁴³⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 39-40; Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 734; Eren, s. 284; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 258.

²⁴³⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Ayrıca Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 115; Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 734; Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 339; Paulus, “Anayasanın Yorumlanması”, 30; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 102-103; Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 167; Böckenförde, “Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebiet”, 33.

²⁴³⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 100, 103.

birinci kısımda, ayrı bir başlık olarak yer vermiştik. Burada, yalnızca ilkenin çatışma çözüm teorisi ve bu bağlamda pratik uyuşumla doğrudan bağlantısını ele alacağız.

2. FAYM'nin Çatışma Çözüm Teorisi ile Anayasanın Bütünlüğü ve Pratik Uyuşum Arasındaki İlişki

Bu başlık altında, anayasanın bütünlüğü ilkesinin yorumuyla ortaya çıkan pratik uyuşum ilkesi üzerine açıklamalar yapacağız. Bu konu, doğrudan FAYM'nin çatışma çözüm teorisiyle bağlantılıdır; çünkü Mahkeme karşılaştığı çatışmada, çatışan iki anayasal hakka sınır çizmeye, yani aralarında bir uyum yakalamaya çalışır. Dolayısıyla FAYM'nin çatışma çözümünün dayandığı temel nedir, diye sorduğumuzda anayasanın bütünlüğü ilkesiyle; bu ilkenin getirdiği sonuç nedir, diye sorduğumuzda ise pratik uyuşum ilkesiyle karşılaşırız.

Pratik uyuşum, özellikle temel hak ve özgürlükler rejimi olmak üzere Alman anayasa hukukunun yapısı ve içeriği ile bağlantılıdır²⁴³⁹. Bu bağlantıyı ortaya koymak için bu yapı ile ne kastettiğimizi biraz açalım. Alman Anayasasında din özgürlüğü, sanat özgürlüğü ve akademik ifade özgürlüğü gibi kimi anayasal haklar için bir sınırlama düzenlenmemesinin²⁴⁴⁰ yanı sıra, diğer anayasaların aksine, bir genel sınırlama klozu da öngörülmemiştir²⁴⁴¹. Alternatif olarak, Alman anayasa hukukunda hak çatışmalarını dengelemeye veya çözmeye dönük bir yasama tutumu da mevcut değildir²⁴⁴². İki veya daha fazla kişi arasındaki *farklı hak* iddiaları için örnek olarak özel hayatın gizliliği (GG madde 2) ile basın özgürlüğü (GG madde 5/1) arasındaki çatışmaları²⁴⁴³ düşünelim. Keza *aynı hak* iddia eden iki kişi arasındaki çatışma olarak pozitif ve negatif din özgürlükleri arasındaki (GG madde 4/1 ve 2) çatışmaları da düşünebiliriz. Her iki durumda da, çatışmanın nasıl çözüleceğine dair Alman anayasa hukukunda açık bir düzenleme yoktur²⁴⁴⁴.

Yukarıdaki açıklamamızı kısaca özetlersek; çatışan anayasal haklar arasındaki problem, kimi hakların en azından görünüşte hiçbir sınırlama olmaksızın güvence altına

²⁴³⁹ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 274.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, 275.

²⁴⁴¹ *Ibid.*, 276; Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 733.

²⁴⁴² Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 273.

²⁴⁴³ *Ibid.*, 275.

²⁴⁴⁴ *Ibid.*, 278.

alınmış olmalarından²⁴⁴⁵ ve bunun için bir alternatif yaratabilecek genel sınırlama kaydının olmamasından kaynaklanır. Bunun neticesinde de, kayıtsız olarak öngörölmüş anayasal hakların sınırlanıp sınırlanamayacağını ve bireyler arasındaki bu tür çatışma durumlarının çözümüne yönelik geliştirilebilecek uygun bir metodolojiyi tartışmak, yargı ve doktrine kalmıştır. Bu tartışmalarda, bir önceki bölümde incelediğimiz içkin sınır teorileri altında verdiğimiz birçok görüş bir yana, Hesse'nin geliştirdiği pratik uyuşum kavramı öne çıkmıştır²⁴⁴⁶.

Yine Peter Lerche, günümüzde sıklıkla pratik uyuşum altında anlaşılacak²⁴⁴⁷ olan alternatif bir tez olarak “her iki taraftaki anayasal menfaatlerin en yumuşak dengesi” (*schonendsten Ausgleich*) formülünü ortaya koymuştur²⁴⁴⁸. Lerche, çatışma halleri için kullanılır bulunduğu, “her iki tarafın da gözetildiği denge görüşünü ölçüsüzlük yasağının bir unsuru olarak geliştirmiş”tir²⁴⁴⁹. Hem pratik uyuşumun hem de nazik dengenin amacı, bir anayasal değeri, aceleyle bir diğerrinin karşısında değerrinden düşürmeden, bunları uygun, ölçülü bir dengeye getirmek ve mümkün olabildiğince uyumlaştırmaktır²⁴⁵⁰.

Gerek Lerche'nin gerekse de Hesse'nin kavramları hem geniş kabul görmüş²⁴⁵¹ ve hem de eleştirilmiştir²⁴⁵². Biz Alman anayasa hukukunda hak çatışmalarında baskın

²⁴⁴⁵ *Ibid.*, 278.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*, 273, 275-276. Her ne kadar pratik uyuşum kavramına, Hesse'nin adı anılmadan değinilmese de, Schladebach, bu terimin Richard Bäumlın'in 1961 yılındaki “Devlet, Hukuk ve Tarih” (*Staat, Recht und Geschichte*) kitabına kadar geriye gittiğini ortaya koymuştur. Bäumlın, tekil anayasal değerrlerin “başlangıçtan itibaren mantıksal olarak tek biçimli olmadığını, daha ziyade sürekli olarak daha fazla somutlaştırmayı gerektiren yan yana yerleştirilmiş kısmi yanıtlar” olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle pratik uyuşumun sağlanması gerekir. Richard Bäumlın, *Staat, Recht und Geschichte, Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, 1961, S. 30'den bize aktaran Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 267-68.

²⁴⁴⁷ Heissl, “Human Right Collisions”, 38.

²⁴⁴⁸ Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 153.

²⁴⁴⁹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerrlerin Çatışması ve Uyuşması*, 115. “Daha sonra da bu görüşünü, çatışan, anayasa tarafından korunan önemli değerrlerin uygun dengesinin sağlanması istemi ve temel hak sınırlamalarında meşruluk kaydı olarak somutlaştırmıştır.” Peter Lerche, “Grundrechtsschranken”, HdbStr V, 1992, 122, rdn. 3'den yorumlayan Kanadoğlu, *Anayasal Değerrlerin Çatışması ve Uyuşması*, 115. Zira yasa koyucunun tartım alanı azaltılmamalı (Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 153), bu ilke “yalnızca ilke olarak kalmamalı; ancak meşruluk haznesi (*Legitimationsreservoir*) olmalıdır.” Peter Lerche, “Grundrechtsschranken”, HdbStr V, 1992, 122, rdn. 3'den aktaran Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 46.

²⁴⁵⁰ Kanadoğlu, *Anayasal Değerrlerin Çatışması ve Uyuşması*, 115; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 46.

²⁴⁵¹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 98 vd.; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 46; Heissl, “Human Right Collisions”, 38.

²⁴⁵² Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 245; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 708, para. 85; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 140; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 232.

çözüm olarak kullanıldığı²⁴⁵³ ve geniş bir çerçevede kabul gördüğü²⁴⁵⁴ için Hesse tarafından önerilen pratik uyuşum ilkesinden yola çıkacağız. Bunu yaparken Alman doktrininde Hesse'nin önerdiği pratik uyuşum ile genel anayasal doktrin arasındaki ilişkiyi de ele alacağız²⁴⁵⁵. Bunların yanı sıra, FAYM'nin bu anlamdaki konumunu yani içtihadını da ele almaya değer görüyoruz. Ancak öncelikle *anayasanın bütünlüğü, pratik uyuşum ve anayasal haklara sınır çizilmesi* arasındaki özetlediğimiz bu ilişkiyi, biraz daha ayrıntılandıracağız.

a. Anayasanın Bütünlüğü İlkesinden Pratik Uyuşum İlkesine

Bir çatışma durumunda, çatışan anayasal hakkın sınır çizici/sınırlandırıcı etkisi, anayasanın bütünlüğü ilkesi perspektifinden gerekçelendirilebilir²⁴⁵⁶. Çünkü farklı hukuki değerleri koruyan ve birbirleriyle çelişen anayasal haklar, en azından aynı anda, gerçekleştirilemez²⁴⁵⁷. Bu nedenle, birbirine zıt özgürlük güvencelerinin eşzamanlı uygulanabilirliği, zorunlu olarak karşılıklı “sistemik” sınırlamalara neden olur²⁴⁵⁸. Öyleyse anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlamalar, aslında sistemik ve teleolojik bakış açılarının buluşmasının sonucunda ortaya çıkar²⁴⁵⁹.

Anayasanın bütünlüğü ilkesi, daha çok, her bir vakıda ilgili hükümleri hizalayarak, aynı yaşam durumuna ilişkin çelişkili değerlendirmelerden kaçınmayı hedefler²⁴⁶⁰. Ancak, çelişkinin olduğu yerde bir uyumun oluşturmasını gerektiren bu ilke, çatışmanın nasıl çözüleceğine dair kriter sunmaz; yalnızca çatışma çözümünün zorunlu

²⁴⁵³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72); Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 273 vd.; Heissl, “Human Right Collisions”, 38. Hakların çatışması için yaygın bir çözüm olarak kullanılan dengeleme sürecinin ilk amacı, özellikle çatışan haklar arasında pratik uyuşum olarak adlandırabileceğimiz seviyeyi yakalamaktır. Aşağıda göreceğimiz üzere pratik uyuşumun uygulanması Alman hukukuna özgü değildir. Genel olarak “uzlaştırma” adı altında bu yöneme başka hukuk düzenlerinde ve AİHM nezdinde başvurulmaktadır. Bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 341-342.

²⁴⁵⁴ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 274; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72); Heissl, “Human Right Collisions”, 38.

²⁴⁵⁵ Bkz. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 276.

²⁴⁵⁶ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 112; Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 9. Bkz. BVerfGE 30, 173 (193).

²⁴⁵⁷ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 112.

²⁴⁵⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 100-101; Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 127.

²⁴⁵⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 101, 132.

²⁴⁶⁰ *Ibid.*, 101.

olmasını gerektirir²⁴⁶¹. Bu anlamda “anayasanın bütünlüğü”, sadece bir “hukuki gerekliliğe” hitap eden, özellikle hangi anayasal değer, menfaat veya normların uygun olduğu konusunda herhangi bir bilgi vermeyen, boş, anayasal olarak anlamsız bir topos olarak kabul edilir. Sonuç olarak, bu ilkedен, kayıtsız anayasal hakların sınırlandırılması için herhangi bir kıyaslama veya yapıcı şart türetilemez²⁴⁶². Ancak bu ilke, beraberinde pratik uyuşum ilkesini getirir²⁴⁶³. Aşağıda anayasanın bütünlüğü ilkesi ile beraber “temel hak ve özgürlükler alanında özel değere sahip”²⁴⁶⁴ olan pratik uyuşum ilkesini ayrıntılarıyla beraber ele alacağız.

b. Pratik Uyuşum İlkesi

Ayrıntılarını aşağıda ortaya koyacağımız üzere, pratik uyuşum, bir yorumlama ilkesi²⁴⁶⁵ ve yazılı olmayan sınırlama klozu olarak kabul edilir²⁴⁶⁶. Bu ilkenin türetilmesindeki temel varsayım, anayasanın bir bütün olduğu ve devleti niteleyen değerler sistemini temsil ettiği düşüncesidir²⁴⁶⁷. İç tutarlığa dayalı bir anlam bütünü ifade eden anayasanın hükümleri, birbirinden izole edilmiş şekilde ele alınamaz. Bu hükümler, anayasadaki farklı hedef ve değerler dikkate alınarak, anayasanın temel ilkeleri ve değerler sistemi ile uyumlu şekilde yorumlanacaktır²⁴⁶⁸.

Hesse’ye göre, meydana gelen çatışmalarda, aceleyle “çıkarların tartılması” veya soyut “değerlerin tartılması” yoluyla haklardan biri diğerinin pahasına gerçekleştirilmemelidir²⁴⁶⁹. Aksine, anayasanın bütünlüğü ilkesi, optimizasyon ödevini

²⁴⁶¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 139. Benzer yönde Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 99, ayrıca *ibid.*, 35

²⁴⁶² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 140. Bu nedenle, FAYM’nin bazen bu ilkeyi amaç olarak değil de, sınırlama kaydı öngörülmemiş anayasal hakların sınırlandırılmasıyla ilgili bir çatışma çözüm aracı olarak ele alması yanlış olarak değerlendirilir. *Ibid.*, 139-140. Bkz. BVerfGE 30, 173 (193). Benzer şekilde BVerfHE 32, 98 (108) (*Gesundbeter*). Stemmler’in dikkat çektiği üzere, BVerfGE 47, 327 (369) (*Hessisches Universitätsgesetz*) kararında FAYM, değer sisteminin birliği ile anayasanın bütünlüğünü eş tutmuştur. *Ibid.*, 139-140 (dp. 845).

²⁴⁶³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72); Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 128.

²⁴⁶⁴ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 127.

²⁴⁶⁵ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 276. “Bütünlük”e (birlik), münferit durumlarda anayasal hükümlerin optimizasyonu için yorum kılavuzu olarak başvurulur. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 99.

²⁴⁶⁶ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 276.

²⁴⁶⁷ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 268.

²⁴⁶⁸ Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 359.

²⁴⁶⁹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Aynı cümleye “Hukuki Değerler Tartısı Eleştirisi ve Anayasal Hakların Çatışması ile İlişkisi” başlığı altında yer vermiştik. Burada konunun akışı gereği, cümlemizi tekrar etme gereği duyuyoruz. Ayrıca Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225.

gerektirir²⁴⁷⁰. Uyum açısından önemli bir yorumlayıcı kılavuz olan bu ilke, Anayasanın tüm hükümlerine, özellikle tüm temel hak hükümlerine her durumda uyulmasını gerektirir²⁴⁷¹. Buna göre, anayasal normlar arasındaki aykırılıklar ve çatışmalar *inkar edilmeden*²⁴⁷², temel hak konumu optimizasyon hedefine dayalı etkileşimde görülmeli ve “çatışan değerlerin her birine öyle sınır çizilmeli ki çatışmadaki her menfaat, optimal etkinliğe ulaşabilsin”²⁴⁷³.

Tam bu noktada pratik uyuşum ilkesinin ayrıntılarına girmeden önce, FAYM’nin çatışma çözüm teorisiyle de bağlantılı olarak, ilkenin yalnızca yasa kayıtsız anayasal haklar için mi, yoksa tüm anayasal haklar için mi uygulanabileceği sorusunu²⁴⁷⁴ yanıtlamamız gerekir.

(1) Pratik Uyuşum İlkesi ve Sınırlama Kayıtları

Pratik uyuşumla, anayasada yasa kaydı ve özel sınırlama sebebi olmaksızın öngörülmüş bir anayasal hakkın çatışmasının üstesinden gelinir²⁴⁷⁵. Pratik uyuşum çoğunlukla yasa kayıtsız temel hakların ifadesinin sınırlandırılması ile ilişkilendirilse de, Hesse bu ilkenin yasa kaydına tabi temel haklara da uygulanmasını istemiştir²⁴⁷⁶. Bu görüş FAYM içtihatlarında herhangi bir yankı bulmamıştır ve ilke yalnızca sınırsız temel haklar durumunda kullanılmıştır²⁴⁷⁷. Hesse’nin aksine Alman literatüründeki çoğunluk, FAYM gibi, pratik uyuşum ilkesinin yalnızca sarıh bir sınırlama maddesine sahip olmayan anayasal hak çatışmalarına uygulanabileceğini savunmuştur²⁴⁷⁸.

Örneğin Bodo Pieroth ve Bernhard Schlink, Hesse’nin “pratik uyuşum” yaklaşımını iki açıdan eleştirirler: *Birincisi*, pratik uyuşumun, tüm temel haklara eşit olarak uygulanması durumunda, belirli sınırlama maddelerini, hedef ve amaçlarından yoksun bıraktığını iddia ederler²⁴⁷⁹. Bodo Pieroth ve Bernhard Schlink’in *ikinci eleştirisi*,

²⁴⁷⁰ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72).

²⁴⁷¹ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 466.

²⁴⁷² Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 133.

²⁴⁷³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72), 142 (para. 318); Heissl, “Human Right Collisions”, 38; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 466, 467; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 268.

²⁴⁷⁴ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 76, para. 340.

²⁴⁷⁵ Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 167.

²⁴⁷⁶ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 269-270.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*, 270.

²⁴⁷⁸ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 73, para. 321. Bkz. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 282-284.

²⁴⁷⁹ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 76, para. 336.

“pratik uyuşumun” temel hakların kapsamının okunmasına bir belirsizlik unsuru eklemesine dairdir²⁴⁸⁰. Onların “pratik uyuşum” okumalarına göre, bu ilke, anayasal değerler arasındaki çok yönlü çatışmalar ışığında temel haklar kapsamının duruma özel (*ad hoc*) bir şekilde belirlenmesine yol açar. Bununla birlikte, Hesse’ye yönelik eleştirileri, büyük ölçüde, kapsam sorunlarına “pratik uyuşumun” uygulanıp uygulanmayacağına veya temel haklara getirilen sınırlamaların, ölçülülük değerlendirmesine tabi tutulup tutulmayacağına bağlı görünmektedir²⁴⁸¹.

Pratik uyuşuma getirilen *ikinci eleştiri*, ilkenin FYİM’nin “toplum kaydı” olarak adlandırılan toplumsal değerlerle bireylerin haklarının sınırlanmasına uygulanması; yani yalnızca bireysel haklar arasındaki çatışmalara değil, bireysel menfaatler ile kamusal menfaatler arasındaki çatışmalarına da uygulanmasıdır²⁴⁸². Biz bu konudaki görüşlerimizi “FAYM’nin çatışma çözüm formülündeki ‘diğer hukuki değerler’ kavramı” başlığı altında, ayrıntılarıyla izah ettik. Bu nedenle burada, yalnızca “sınırlama kaydı içeren anayasal haklara” pratik uyuşum ilkesinin uygulanmasına yönelik *birinci* eleştiri üzerine görüşlerimize yer vereceğiz.

Pratik uyuşumun, bir sınırlama maddesi içermeyen anayasal hakları içeren çatışmalara uygulanması ve ilgili davaların bireysel haklar arasındaki çatışmalar olması²⁴⁸³ elbette ideal olandır. Bu nedenle, yalnızca yasa kayıtsız, yani görünüşte sınırsız görünen haklara uygulanmasını savunan görüşün arkasındaki düşünce esasen doğrudur. Örneğin, bu görüşü savunan Pieroth ve Schlink’e göre, yasa kaydı olmamasının sonucunda özgürlüğün “vahşi” kullanımı, çatışma riskini doğursa da yasama organı bu tehlikeyi değerlendirme ve müdahale etme yetkisine sahip değildir²⁴⁸⁴. Yazarlara göre, kanunla veya kanun nedeniyle anayasal olarak gerekçelendirilmemiş kayıtsız bir temel hakka yapılan bir müdahale, ilkenin uygulanabilirlik alanını önemli ölçüde azaltmaktadır.

²⁴⁸⁰ *Ibid.*, para. 337. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 283.

²⁴⁸¹ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 283.

²⁴⁸² *Ibid.*, 282.

²⁴⁸³ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 76-77, para. 336-342; Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 283-284.

²⁴⁸⁴ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 63, para. 270. Ayrıca yer veren Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 166. Farklılaştırılmış kademe sisteminin gerekliliklerinin yerine getirilmemesi halindeki riske dikkat çeken bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 118-119.

Bu nedenle, pratik uyuşumun sağlanması, yalnızca istisnai durumlarda, yani çelişen anayasal değerlerin yasal düzenlemesi durumlarında düşünülebilir²⁴⁸⁵.

Pratik uyuşumla beraber kayıtsız anayasal haklar sınırsızlık mutlaklığını yitirseler de, neticede bu, anayasanın (koyucunun) kimi hakları sınırlama kaydı içermeksizin güvence altına alması yönündeki kararının dikkate alınmadığı anlamına gelmez. Sınırlama kayıtları kademelenmesinin elbette bir anlamı vardır. Bu nedenle bir çatışma çözümü halinde, ilgili anayasal hakkın bir sınırlama kaydına tabi olup olmadığına veya sınırlandırılmamış olarak güvence altına alınıp alınmadığına dikkat edilmelidir²⁴⁸⁶. Nitekim FAYM de, daha önce belirttiğimiz gibi, kayıtsız anayasal hakkın mutlak olarak sınırlanamaması imtiyazını reddetmekle beraber, Anayasanın amaçladığı hakları koruma sisteminin kural olarak uygulanacağını ve içkin temel hak sınırlarının yalnızca resmi olarak sınırlandırılmamış temel haklar için dikkate alınacağını açık bir şekilde vurgular. Ancak bu durumlarda bile sınırlama, istisnai olmalıdır²⁴⁸⁷. FAYM'nin içkinlik formülünde yer alan bu kural istisna ilkesi,²⁴⁸⁸ Mahkemenin kayıtsız anayasal haklara verdiği yüksek önceliği de gösterir²⁴⁸⁹.

Bize göre, nasıl ki sınırlama kaydı dahi içermemesine rağmen anayasal hakların bir bütün şeklinde yorumlanması, bu hakların pratik uyuşumla sınırlandırılmasını gerektirmektedir, aynı gereklilik nitelikli yasa kaydı²⁴⁹⁰ içermesine rağmen, bu kapsama

²⁴⁸⁵ Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 77, para. 345.

²⁴⁸⁶ Lepa, "Grundrechtskonflikte", 167.

²⁴⁸⁷ Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 111.

²⁴⁸⁸ İstisnai sınırlama durumuyla ilgili Nieuwland, FAYM'nin kural istisna ilkesinden kaynaklanan argümantasyon kuralını, yeterince dikkate almadığı yönünde çok önemli bir hususa parmak basar. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, "belirli hukuki çıkarların, bireysel ilişkilerdeki sınırsız temel hakları istisnai olarak sınırlandırabileceği/sınır çizilebileceği" söyleniyorsa, o zaman kuraldan sapmak isteyen kişi argüman yükünü taşır. Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 113. "Belirli bir durumda bir istisnaya duyulan ihtiyaç ve dolayısıyla çıkarların tartılması yoluyla çatışma çözümünün gerekçelendirilmesi tek bir kelime ile gösterilmemektedir. Bir istisna kuralı ilkesinin böylesine apodik (itiraz kaldırmaz) bir şekilde ele alınması, istisnayı kural haline getirmeyi isteme şüphesini ortaya çıkarır." *Ibid.*, 113-114.

²⁴⁸⁹ *Ibid.*, 113. Bkz. BVerfGE 28, 243 (261). FAYM'nin *Dienstpflıchtverweigerung* kararı, Anayasadaki kademeli hak güvence ve sınırlama rejimini göz önüne alması bakımından, sınırlama yargısı için önemli bir tarihe işaret etmektedir. Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 113.

²⁴⁹⁰ Biz, basit yasa kaydının olduğu anayasal haklar için pratik uyuşumun uygulanmasının sorun yaratacağını düşünmüyoruz. Zira bu durumda, kanunla sınırlama imkanı getirilmiştir. Pratik uyuşum aksine basit yasa kayıtlı hakkın daha az kısıtlanmasına dahi imkan sağlayabilir. Nitelikli yasa kaydı içeren anayasal haklara gelince özellikle bu tür haklara çatışmadan kaynaklanan sınırlamanın (anayasaya içkin sınırların) uygulanmasını sorunlu bulanlar vardır. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 118. Nitelikli yasa kayıtları içeren anayasal haklarda "yalnızca" ibaresinin de

girmeyen özel bir durum için de söz konusu olabilir²⁴⁹¹. Nitekim pratik uyuşum ilkesi, anayasal yasa kayıtları dikkate alınmadan veya onların dışında, hakkın başka anayasal menfaatlerle kısıtlanmasının mümkün olduğu düşüncesinin ürünüdür²⁴⁹². Daha önce de vurguladığımız gibi, çoğu zaman sınırlama seçenekleri yeterli olmakla birlikte, anayasa koyucunun ortaya çıkabilecek tüm çatışmaları öngörmesi mümkün değildir. Bu noktada çatışan anayasal haklar nedeniyle bir sınırlama (yani anayasaya içkin sınırlara) başvurulması halinde, anayasa koyucunun niyeti ve ileri görüşlülüğü göz önünde bulundurulur ve yasa kaydının şekli kriterleri aşılmaz²⁴⁹³. Dolayısıyla pratik uyuşum (anayasaya içkin sınırlar) yasa kaydı içeren anayasal haklar için de istisnai olarak uygulanabilir²⁴⁹⁴.

Çatışan anayasal hakların (anayasaya içkin) sınırlarının, yasa kaydı içeren anayasal haklar için de geçerli olduğu içtihatla da kabul edilmektedir²⁴⁹⁵. Bu düşüncenin arkasındaki temel argüman, çatışan anayasal hakların (içkin anayasal sınırlar) yalnızca sınırlama kaydı içeren anayasal haklara uygulanması durumunda, çatışmadan kaynaklanan sınırlamaya aşırı şekilde başvurulduğu da dikkate alındığında, bu hakların yasa kaydına tabi anayasal haklardan daha çok sınırlandırılabilir hale gelecek olmasıdır²⁴⁹⁶.

(2) *Pratik Uyuşum İlkesinin Temellendirilmesi*

Devletin, temel hak çatışmalarında, aracı olarak denge sağlamakla ve anayasal hak çatışmalarını çözmekle yükümlü olduğunu, çalışmamızın ilk kısmında belirtmiştik. Bir temel hak çatışmasında, devletin haklardan birini kayırması durumunda diğer hak zedelenecektir²⁴⁹⁷. Devlet, çatışmadaki hakların mümkün olduğunca yan yana

olmasından bu hakların yalnızca yasayla veya bir yasaya dayanarak sınırlandırılacağı çıkarımına varmaktadırlar. *Ibid.*

²⁴⁹¹ Bizi teyit eder şekilde Stemmler de şu soruyu sormaktadır: “Ayrıca, devletin üçüncü şahıslar tarafından tehlikeye atılan vatandaşlarının temel haklarını koruma yükümlülüğünün, neden, ilgili temel hakkın nitelikli bir yasa kaydında, saldırganın başvurduğu temel hak belirtilmediği için bir istisna yaşaması gerektiği anlaşılmamaktadır.” *Ibid.*, 119. Anayasada basit yasa kaydı içeren özgürlükler için de pratik uyuşuma başvurulabileceğine, ilgili hak ve özgürlüğün bir başka hak ve özgürlük veya anayasal değer ile çatıştığında dengelemesini haklı kılacağına dair bkz. Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 54.

²⁴⁹² Schnapp, “Grenzen der Grundrechte”, 733.

²⁴⁹³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 119-120.

²⁴⁹⁴ *Ibid.*, 119.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, 118; Kahl, “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt”, 182-183.

²⁴⁹⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 117-118.

²⁴⁹⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224.

kullanılabilmesini sağlamak zorundadır. Dolayısıyla, devletin, temel hak çatışmasının bir tarafına, çatışmanın diğer tarafını dikkate almayarak ayrıcalık tanımaması gerekir²⁴⁹⁸. Pratik uyuşumun, bu görüş üzerine temellendiği söylenebilir.

Anayasal çatışmasını çözmek için sorumlu devlet organı, ya belirli vaka dizilimine bağlı olarak, bir temel hakkı diğerine göre önceliklendirecek ya da her iki temel hak sahibinin, diğerinin lehine temel hak konumlarının bir kısmının kısıtlanmasına maruz kalacağı bir ara çözüm bulacaktır²⁴⁹⁹. Pratik uyuşum ikinci seçeneğe karşılık gelmektedir.

Pratik uyuşumdan bahsedilebilmesi için bir hukuki değer, diğerini bertaraf edememesi gerekir²⁵⁰⁰. İlke, çatışmada yer alan tüm temel hakların mümkün olduğunca dikkate alınacak ve mümkün olan en geniş ölçüde gerçekleştirilecek -en azından temel hakların özü bozulmadan kalacak ve her bir temel hakkın işlevi korunacak- şekilde birbiriyle dengelenmesini içerir²⁵⁰¹. İlgili tüm temel hakların eşit şekilde geliştirilmesi ve böylece çatışmanın yatıştırılmasını sağlayacak bu denge, temel haklar çatışmasına dahil olanların, *her birinin* kendi konumlarından ve temel hakları tam olarak kullanma hedeflerinden kısmen uzaklaşmasına yol açacaktır²⁵⁰².

Çatışmayı çözmekle görevli devlet organı, optimal çözüm için her iki tarafın karşılıklı olarak boyun eğmesini bekleyecek²⁵⁰³, hakların *kazanımlarını ve kayıplarını* mümkün olduğunca eşit dağıtacaktır²⁵⁰⁴. Dolayısıyla nasıl ki çatışmadaki ilgili haklardan hiçbirisi tamamen ortadan kaldırılamaz, tam da aynı sebeple, çatışmadaki haklardan hiçbirisi karşı tarafın zararına tam olarak gerçekleştirilemez²⁵⁰⁵. Bu nedenle çatışmadaki her iki

²⁴⁹⁸ *Ibid.*, 228.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, 224.

²⁵⁰⁰ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72); Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 466; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 4; Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 167. Ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 40; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 258; Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 130; Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 42; Paulus, “Anayasanın Yorumlanması”, 30-31; Eren, s. 285.

²⁵⁰¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 467; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72).

²⁵⁰² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 228-29.

²⁵⁰³ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 366, 372.

²⁵⁰⁴ *Ibid.*, 365, 367; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 230.

²⁵⁰⁵ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 382.

taraf için de esneklik beklenir²⁵⁰⁶. Kommers'in deyiimiyle "kısacası, Alman görüşündeki anayasal yorum, sıfır toplamı bir oyundan başka bir şey değildir"²⁵⁰⁷.

Kaçınılmaz olan çatışmada, ilgili tüm temel hakların mümkün olan en yüksek düzeyde kullanılmasını sağlamak için pratik olanaklar arandığından, her iki taraf için de yalnızca her iki temel hakka uymak için gerekli olan kısıtlamalar getirilebilir²⁵⁰⁸. Dolayısıyla, pratik uyum ilkesi aşırı çözümleri yasaklar²⁵⁰⁹.

Pratik uyuşumu sağlamanın önemli yolu, çatışmanın arka plan koşullarını dönüştürmek²⁵¹⁰ ve/veya alternatif olası yollar aramaktır²⁵¹¹. Her iki taraf arasında uzlaşma ve aynı zamanda temel hakları kullanmanın alternatif yollarının aranmasını gerektiren çatışma çözümü, anayasal haklar tarafından korunan her iki değerle başlamalıdır²⁵¹². Örneğin bir tazminat teklifi hazırlanabiliyorsa, her iki temel hak için ayrı ayrı kontrol edilmeli, böylece her iki taraftaki yükün derecesi belirlenmeli, bunun pratik uyuşum ve yumuşak tazminat ilkelerine uygun olup olmadığı kontrol edilmelidir. İdeal olarak, her iki temel hakkın gerçekleşme derecesi yaklaşık olarak aynı olduğunda en yumuşak denge sağlanır²⁵¹³.

Hak çatışmasında, çatışmanın arka plan koşullarının dönüştürülmesi ve alternatif yolun bulunmasına hemen burada bir örnek verelim. Aynı anda ve aynı zamanda gerçekleştirilmek istenen, iki farklı ifade ve toplanma özgürlüğü hakkının çatıştığını düşünelim. Böyle bir çatışma genel ve soyut yönden değil, ancak alternatiflerin ve değişkenlerin dikkate alınmasıyla çözülecektir²⁵¹⁴. Bu toplantıların düzenlenmesi için izin gerekliliği, bu temel endişeleri koordine etmeye ve korumaya hizmet eder. Bu anlamda farklı toplanma yerleri veya zamansal kısıtlama yahut yapılmak istendiği sonradan bildirilen toplantının kısaltılması veya ertelenmesi gibi yollara başvurulabilir²⁵¹⁵. Bununla birlikte, pratik uyuşum ilkesinden, aynı zamanda, bir

²⁵⁰⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 228.

²⁵⁰⁷ Kommers, "Germany: Balancing Rights and Duties", 203.

²⁵⁰⁸ Rübner, "Grundrechtskonflikte", 467.

²⁵⁰⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 230.

²⁵¹⁰ De Schutter ve Tulkens, "Rights in Conflict", 26 vd.

²⁵¹¹ Rübner, "Grundrechtskonflikte", 470.

²⁵¹² Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 365.

²⁵¹³ *Ibid.*, 382.

²⁵¹⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 231.

²⁵¹⁵ *Ibid.*.

toplanma veya karşı gösteri yasağının, ancak koşulların bildirilmesinin veya mitingin polis yoluyla korunması gibi daha hafif araçların başkalarının haklarını önlemek için kullanılmaması durumunda değerlendirilebileceği sonucu da çıkar²⁵¹⁶.

Yukarıdaki açıklamamızı, AİHM'nin *Öllinger v. Avusturya*²⁵¹⁷ kararıyla örneklendirelim. Başvuruya konu olay, Naziler tarafından öldürülen Salzburg Yahudilerini anmak için toplanmak isteyenlerin gösteri talebinin, aynı yer ve aynı zamanda Nazi askerlerini anmak için toplanacak kişiler nedeniyle reddedilmesidir. Nazi askerlerini anmak isteyenler ilk olarak başvurdukları için Yahudileri anmak için olan ikinci toplanmayı, yani karşı gösteriyi Avusturya hükümeti reddetmiştir. AİHM ilgili başvuruda, sorunun gösteri özgürlüğü ile karşı gösteri özgürlüğü arasındaki çatışma olduğunu ve bu noktada, adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığına bakılacağını belirtmiştir²⁵¹⁸. Bakıldığında Avusturya kolluk yetkililerinin tutumları; toplantılardan birinin gerçekleşmesi adına diğerini yasaklaması, bir başka deyişle, bir hak uğruna diğerinin feda edilmesi, radikal bir karardır²⁵¹⁹. Netice itibarıyla Mahkeme, hükümetin, iyi ayrı toplantıyı birbirinden ayrı tutmak için polis mevcudiyetini sağlamak gibi önleyici tedbirler alınarak her iki toplantıya izin verilmesinin, başvuruçunun özgürlük hakkını koruyacak bir alternatif olmadığı iddiasına katılmamıştır²⁵²⁰.

De Schutter ve Tulkens'a göre *Öllinger v. Avusturya* kararındaki asıl mesele²⁵²¹, polis yetkililerinin, iki grubun bina içinde ayrılmasını organize ederek, bir polis gücü görevlendirerek çatışmanın nasıl önlenebileceğini belirlemek yerine, herhangi bir değişiklik yapmaya çalışmadan, yalnızca belirli çıkarları diğerlerinin üzerinde önceliklendirmeyi seçmiş olmalarıdır²⁵²². Yani çatışmaya neden olan arka plandaki koşulları dönüştürmemeleridir. Kolluk kuvvetleri, karşı karşıya kaldıkları çatışmayı

²⁵¹⁶ *Ibid.*, 231-232.

²⁵¹⁷ AİHM, *Öllinger v. Avusturya*, B. No. 76900/01, 29.96.2006.

²⁵¹⁸ AİHM, *Öllinger v. Avusturya*, para. 34, para. 43.

²⁵¹⁹ De Schutter ve Tulkens, "Rights in Conflict", 26.

²⁵²⁰ *Öllinger v. Austria*, para. 93.

²⁵²¹ Bu arada, belirtelim ki AİHM, "dengeleme" dilini kullanmış ve haklardan birine –yasaklanan toplantı özgürlüğü- çok az, diğerine ise çok daha fazla ağırlık verildiğini belirtmiştir. *Öllinger v. Austria*, para. 94. Ancak De Schutter ve Tulkens'in gösterdiği üzere, asıl mesele sadece menfaatlardan birine yeterli ağırlık verilmemesi değildir. De Schutter ve Tulkens, "Rights in Conflict", 26.

²⁵²² *Ibid.*

“zorunlu”²⁵²³ olarak kabul ettiler. Ancak aslında çatışmanın “arizi” olduğu ve kısmen, yetkililerin tehlikedeki çatışan iddiaların aynı anda karşılanabilmesini sağlamak için gerekli polis güçlerini görevlendirme konusundaki isteksizliğinden kaynaklandığı düşünülebilirdi²⁵²⁴. Bu nedenle yazarlar, pratik uyuşumun, bir hakkın toplam fedakarlığından rakip bir hakkın toplam fedakarlığına kadar uzanan bir ölçekte, kendimizi nerede konumlandırmamız gerektiğini belirlememize bir kural olarak yardım etmediğini ileri sürmektedirler. Yazarlara göre pratik uyuşum daha ziyade, kurumsal hayal gücünde bir alıştırma ile ulaşılabilecek bir hedef olarak görülmelidir²⁵²⁵. Dolayısıyla eğer amaç çatışan haklar üzerindeki olumsuz etkileri en aza indirmek ise, yalnızca çatışmanın en iyi nasıl çözüleceği değil, aynı zamanda, çatışmayı yaratan arka plan koşullarını değiştirerek çatışmadan nasıl tamamen kaçınılabileceği veya çatışmanın nasıl azaltılabileceği de sorulmalıdır²⁵²⁶.

Sadece yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, pratik uyuşum ilkesiyle sonuçlanan anayasal yapıda, anayasal haklar, kesin bir şekilde belirlenmiş mutlak içeriklere sahip olmaktan ziyade, diğer anayasal değerlerle çok kutuplu bir ilişki içerisinde yer alan hukuki menfaatlerdir²⁵²⁷. Anayasal haklar, somutlaşmaya açık ve somutlaştırılması gereken anayasal konumlardır. Kesin koruma seviyeleri ise yalnızca

²⁵²³ Burada De Schutter ve Tulkens, “gerekli” ve “arizi” çatışma ayrımını, Raz’dan almaktadırlar. Raz’ın verdiği örnek ile bunları anlatalım. Diyelim ki kişi, üniversiteyi ve çalışmalarını ailesine bakabilmek için terk etmektedir. Burada kişinin eğitiminden alacağı fayda ile ailesini desteklemesi noktasındaki ihtiyaçlar birbirinden bağımsız olarak anlaşılmalıdır. Bunlar arizi olarak çatışırlar. Çünkü, hayat koşullarına dayanan bu ihtiyaçlar, esasen başka koşullar altında aynı anda da yerine getirilebilirler. Yazarın, dışlayıcı (*exclusionary*) ve dışlanmış (*excluded*) gerekçeler (*reasons*) olarak adlandırdığı gerekçeler ise zorunlu olarak çatışır. Dışlayıcı bir gerekçenin amacı, geçerli bir eylem gerekçesi olan başka bir düşünce için hareket etmeyi dışlamaktadır. Raz, *Practical Reasons and Norms*, 183. Ancak biz, daha önce, normatif çatışmalar ile anayasal hakların çatışmaları arasındaki ilişkiyi incelerken, bu şekilde “arizi” çatışma örneği oluşturacak çatışmaları, normatif çatışma olarak kabul etmediğimizi ve konumuzun dışında tuttuğumuzu zaten belirtmiştik. De Schutter ve Tulkens’in vurgulamak istedikleri nokta, açık olmakla beraber, bu anlamda Raz’ın tesadüfi çatışma kavramına atıf yapmaları bize doğru görünmemektedir. Çünkü yazarların burada amaçları, aslında anayasal hak çatışmalarının ampirik koşullara bağlı olan yönünü vurgulamaktır. Biz bu durumda dahi normatif çatışmalarla karşı karşıya olduğumuzu kabul ediyoruz. Nitekim yazarların, özellikle Ruth Marcus, “arizi” bir çatışmanın meydana geldiği durumlarda, yalnızca ilgili çatışmaya bir çözüm bulmakla kalmayıp, aynı zamanda çatışmanın tekrarlanmamasını sağlamak için bağlamı dönüştürmenin gerekliliğini vurguladığına dikkat çekmeleri de, yazarların görüşü konusunda bizi teyit etmektedir. R.B. Marcus, ‘Moral Dilemmas and Consistency’, *Journal of Philosophy* (1980): 121-136’den atıf yapan De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 26 (dp. 95).

²⁵²⁴ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 26.

²⁵²⁵ *Ibid.*

²⁵²⁶ *Ibid.*

²⁵²⁷ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 268-269.

belirli çatışma durumlarında belirlenebilir²⁵²⁸. Öyleyse pratik uyuşum ilkesinde benimsenen teori, geniş kapsam teorisidir.

Geniş kapsam teorisine göre, *prima facie* hak ile kesin hakkın, her zaman birbirine denk gelmediğini ve kesin hak kapsamının, ancak sonradan netleştiğini belirtmiştik. Biz ise bu süreci hakkın kesin kapsamı olarak değil, ancak koruma alanının belirlenmesi olarak kabul ettiğimizi açıklamıştık. Pratik uyuşum da, çatışma durumlarında koşulları, *en baştan sabitlenmemiş olan*, ilgili temel hakların her birini mümkün olan en geniş ölçüde gerçekleştirecek optimizasyon hedefine sahiptir²⁵²⁹. Geniş kapsam teorisinde, “sebeup ve karşı sebeup” etkileşiminin rol almasına uygun olarak, pratik uyuşumda çatışan hakların kesin koruma kapsamaları, bu hakların birbiriyle etkileşimde oldukları kabul edilerek belirlenir²⁵³⁰.

Pratik uyuşuma dair şimdiye kadar yaptığımız açıklamalar, pratik uyuşumun nasıl sağlanacağı konusunda bize bilgi vermez. Bu noktada ölçülülük ilkesi önem kazanır²⁵³¹. Bu nedenle pratik uyuşum ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiye bakmamız gerekir. Ölçülülük ilkesi ile dengeleme ilkesi ve “tartım”, hak çatışmalarının çözümü konusunda adeta iç içe geçmiş gibidir²⁵³². Dolayısıyla pratik uyuşum ilkesinde dengelemenin de

²⁵²⁸ *Ibid.*, 269.

²⁵²⁹ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 376-377.

²⁵³⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 104.

²⁵³¹ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 280.

²⁵³² Hatta Bertil Emrah Oder’in ifadesini buraya ekleyelim. “İlke norm niteliğindeki temel hak ve özgürlükler bakımından özel sınırlama nedenleri ya da sınırlama nedeni içermeyen hak ve özgürlüklerde, somut olaya özgü olarak ‘Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi’ gereği diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler çerçevesinde bir uyumlaştırma (‘ölçülülük ilkesi’, ‘tartım’, ‘dengeleme’, ‘pratik uyum’) söz konusu olmaktadır.” Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 128. Yazarın bir diğer ifadesine bakalım: “Temel hak ve özgürlüklerin yorumunda sistematik-teleolojik kanıtlamanın özgül araçları olarak *tartım*, *dengeleme* ya da *pratik uyum* olarak adlandırılan yöntemler belirgin biçimde öne çıkar.” *Ibid.*, 131. Yazarın bu noktada, bu üç ve hatta dört ayrı adı taşıyan kavramları, birbirleri karşısında nasıl konumlandığı tam olarak anlaşılmalıdır. Yalnızca, yazarın, bir tür tartıma gidilse dahi tartımın özgürlük boyutu yeterli şekilde dikkate alınmadığında beklenen optimum etkinin sağlanamayacağını belirtmesiyle, tartım, pratik uyuşumdan daha farklı bir konumda gördüğünü anlıyoruz. *Ibid.*, 151. Bir başka örnek olarak, Kanadoğlu’nun eserindeki ifadeye yer verelim: “Olguda Anayasa Mahkemesi de çatışan temel hakların ölçülü *ödünlemesiyle* yapılan *değer tartımı* ile *pratik uyuşum* çabasını birleştirmiştir. Her iki halde de sonuç olarak çatışmaları uzlaştıran ölçülülük ilkesidir. Bu durumda *ölçülülük ilkesi* temel hak çatışmalarının çözümü için genel yasaklayan ve her somut olay için sadece tek bir olanak tanıyan yöntemsel bir yol gösterici olmuştur.” Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 127. (Vurgular bize aittir.)

nerede konumlandığı önemlidir. Öyleyse pratik uyuşumu daha iyi anlamak için ölçülülük ve dengeleme ilkesi ile arasındaki ilişkiye, kısaca da olsa bakmamız gerekir.

(3) *Pratik Uyuşum İlkesi ile Ölçülülük İlkesi Arasındaki İlişki*

Pratik uyuşumdaki sınırlama, somut davada orantılı olmalı ve çatışan iki hukuki değer arasında bir uyuşumu başarmanın ötesine geçmemelidir²⁵³³. Ancak pratik uyuşum ilkesi, münferit durumlarda neyin orantılı olduğu hakkında hiçbir şey söylemez, yalnızca anayasada yer alan ve dolayısıyla bağlayıcı bir yönerge olarak, tek başına anayasal bir çözümün aranabileceği yolu işaret eder ve uyumlu bir çözüm bulma prosedürünü belirler²⁵³⁴. Dolayısıyla pratik uyuşum her ne kadar yol gösterici bir ilke olsa da esasen, ölçülülük testi bağlamında işlevsel hale gelir. Temel haklara, anayasal düzeninin temel unsurları olarak, ancak ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan uygunluk, gereklilik ve dar anlamda orantılılık ilkelerini sıkı sıkıya takip edilerek müdahale edilebilir²⁵³⁵.

Pratik uyuşum ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiyi netleştirmek adına, öncelikle kısaca ölçülülük ilkesini açıklayalım. Belirtelim ki anayasa hukuku literatüründe, çok yaygın olarak çalışılmış bir ilke olan ölçülülük ilkesine geniş bir mesai ayırarak, halihazırda yazılmış olan şeyleri tekrarlama niyetimiz yoktur. Amacımız çatışmayla doğrudan bağlantılı olarak kullanacağımız bilgiyi, temel çerçeveyi de vererek ortaya koymaktır.

(a) *Ölçülülük İlkesi*

Alman anayasasında normatif olarak düzenlenmemiş olan ölçülülük ilkesini, FAYM hukuk devleti ilkesinden türetmiş ve temel hak sınırlamalarının bu ilkeye aykırı olamayacağı sonucuna varmıştır²⁵³⁶. Alman kamu (idare) hukuku kökenli²⁵³⁷ olan

²⁵³³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72), 142 (para. 318); Heissl, “Human Right Collisions”, 38; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 466, 467; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 268.

²⁵³⁴ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Ayrıca bkz. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 280. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225.

²⁵³⁵ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 281.

²⁵³⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 163.

²⁵³⁷ Pozitif bir hukuki kavram olarak, kökeni, esasen 19’uncu yüzyıl Alman (o dönemde Prusya) idare hukukuna dayanan ölçülülük ilkesinin tarihi gelişimi için bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 207-208; Cohen-Eliya ve Porat, “American Balancing and German Proportionality”, 271-74; Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 17-26; Bernard Schlink, “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?”, *Duke Journal*

ölçülülük ilkesi (*Verhältnismässigkeit*), zamanla bu ülkenin sınırlarını aşmış ve bugün birçok demokrasi tarafından paylaşılan anayasal modelin önemli bir bileşeni haline gelmiştir²⁵³⁸. Uzun zamandan beri orijinal işlevini aşmış ilke, kendisini, hukukun tüm alanlarına hakim olan nesnel bir anayasal ilke olarak gitgide daha fazla kabul ettirmiştir²⁵³⁹. İlkeye, artık yalnızca devletin önlemlerine karşı bir sınır olarak değil, aynı zamanda anayasal hakların çatışmalarında, hakların sınırlanmasına yönelik olarak da başvuran yaklaşımlar gelişmiştir²⁵⁴⁰. Böylece bu ilke, “hak çatışmalarını veya menfaat çatışmalarını” çözmekte kullanılan yöntemlerden biri haline gelmiştir²⁵⁴¹.

Biz anayasal hak çatışmalarını, kişilerin anayasal hak çatışmalarıyla sınırladığımız için, geniş çatışmaları ele almadığımızı ve bu çatışmaların da özellikle ölçülülük ilkesiyle çözüldüğünü daha önce belirtmiştik. Bu nedenle klasik ölçülülük ilkesi ile ilgilenmiyoruz. Bunu, aşağıda klasik ölçülülük ilkesi ve pratik uyum arasındaki farkı ortaya koyarken tekrarlayacağız. Ancak ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesini ve özellikle de bunlardan, dengelemeyle eş değer tutulan dar anlamda orantılılık ilkesini bilmek, pratik uyumunu anlamak bakımından önemlidir.

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi; gereklilik ilkesi (*Erforderlichkeit*), elverişlilik ilkesi (*Geeignetheit*) ve dar anlamda orantılılık (oranlılık) ilkesidir (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, Proportionalität*)²⁵⁴². Schlink, ölçülülük ilkesini basitçe şöyle tarif

of Comparative & International Law 22 (2012): 294-295; Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Ankara: Seçkin Yayınevi), 48 vd.; Barak, *Proportionality*, 175-181. Ölçülülük ilkesinin, Alman hukukundan, Avrupa hukukuna ve oradan da Batı Avrupa ülkeleri hukukuna geçişi için bkz. Barak, *Proportionality*, 181 vd. Ölçülülük ilkesinin küresel anayasacılığın bir unsuru olarak görülmesine dair bkz. Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 62.

²⁵³⁸ Barak, *Proportionality*, 181. Ayrıca bkz. Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük İlkesi: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD)* 7, no. 1 (2017): 1-74.

²⁵³⁹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 133-134, 137.

²⁵⁴⁰ *Ibid.*, 135.

²⁵⁴¹ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 209.

²⁵⁴² Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 98, no. 4 (1973): 571; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 114; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, 550; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 166; Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 66-67. Ölçülülük ilkesinin bileşenlerine “meşru amaç” unsurunu katarak bu incelemeyi yapan yazarlar da vardır. Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 2; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 213; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 98. Biz, “meşru amaç” şeklinde bir aşamadan, ayrıca bahsetmek istemedik. Çünkü bize göre, özellikle sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların çatışmadan kaynaklanan sınırlanması imkanını aramak

etmektedir: Bir amacı hedefliyorsan; araçların yardımcı, gerekli ve uygun olmalı. Tersinden ifade edersek; “yeterliden fazlası orantılı değildir, gerekliden fazlası orantılı değildir, uygundan fazlası orantılı değildir”²⁵⁴³.

Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt unsuru olarak sayılan “dar anlamda orantılılık” kriteri, bu ilkeye sonradan dahil edilmiştir²⁵⁴⁴. Böylece bizim çalışmamız dışında tuttuğumuz temel hak ve özgürlükleri devlete ve topluma karşı koruma işlevine sahip olan ölçülülük ilkesi, –örneğin Alman Anayasa Mahkemesinin uyguladığı üzere- anayasal hak sahipleri arasındaki çatışmaların dengelemesi işlevini de kazanmıştır²⁵⁴⁵. Ölçülülük ilkesinin pratik uyuşuma katkısını ele almadan önce, ilkenin bu üç alt bileşenini açıklayalım.

Elverişlilik ilkesi gereği, hakkın kısıtlanabilmesi için yasal önlemin sınırlama için elverişli olması, yani amaçlanan sonuca katkı sağlaması gerekir²⁵⁴⁶. Eğer temel hakkın zararına yönelik bir tedbir, çatışan başka bir temel hakkın korunması için uygun değilse, çatışma, ilk bahsedilen temel hakkın kısıtlanmasını meşrulaştırmaz²⁵⁴⁷.

Gereklilik (zorunluluk) alt ilkesini, FAYM, “bireye, daha az külfetli başka yolların kullanılmasıyla aynı sonuca ulaşılamaması” zorunluluğu olarak tanımlamaktadır²⁵⁴⁸. Bu ilkenin gerektirdiği, müdahale edilen hak veya özgürlük için daha az maliyet gerektiren başka yollar mümkün olmayacak şekilde, hakka ancak mümkün olan en az kısıtlayıcı müdahaleye (*less-strictive means*) izin verilmesidir²⁵⁴⁹. Hakkı sağlayacak eşit uygunlukta

ve temellendirmek bizzat bu meşru amacı sorgulamak ve temellendirmektir. Sınırlama imkanı olarak öngörülen “başkalarının hakkı”nın öngörüldüğü haklar için ise meşru amaç zaten budur. Örneğin De Schutter ve Tulkens bizim açıklamamızla aynı anlama gelecek şekilde “Başkalarının haklarının korunması, özellikle bu hakların Sözleşme kapsamında güvence altına alındığı durumlarda, Devlet yetkililerinin meşru bir amaç oluşturduğunu bu tür diğer haklara belirli müdahalelere yol açabileceği durumlarda bile takip etmeye çalışabilir” demektedirler. De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 13 (dp. 44.)

²⁵⁴³ “More than enough is out of proportion, more than necessary is out of proportion, more than appropriate is out of proportion.” Schlink “Proportionality in Constitutional Law”, 292.

²⁵⁴⁴ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 208; Rumpf, “Ölçülülük İlkesi”, 30. Ayrıca bkz. Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, 52, 55.

²⁵⁴⁵ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 208.

²⁵⁴⁶ Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, 571-572; Sağlam, *Temel Hakların Sınrlanması ve Özü*, 114.

²⁵⁴⁷ RUFNER, “Grundrechtskonflikte”, 467; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182.

²⁵⁴⁸ BVerfGE, 38, 281 (302) (*Arbeitnehmerkammern*). Dikkat çeken Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 68. Ayrıca bkz. Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, 573.

²⁵⁴⁹ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 15; Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 2. Ayrıca Sağlam, *Temel Hakların Sınrlanması ve Özü*,

iki araç varken, en az yoğunlukta müdahale edecek olan tedbir seçilmezse²⁵⁵⁰, bu tedbir gerekli olmayacaktır²⁵⁵¹.

Dar anlamda orantılılık ilkesi ise FAYM'nin deyimiyle, amaç ve aracın birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamasıdır²⁵⁵². Gereklilik ilkesinde “sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki bir ilişki söz konusu iken, orantılılık ilkesinde iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusudur”²⁵⁵³. Eğer müdahale, elverişlilik ve gereklilik aşamalarını başarıyla geçerse, hakka yapılan müdahale kaynaklı zarar ile müdahalenin yapılmasındaki menfaatin orantılı olması, diğer deyişle dengelenmesi (*balancing in strict sense*) beklenir²⁵⁵⁴. Ölçülülük ilkesinin üç alt bileşenini açıkladığımıza göre artık pratik uyuşum ile ilişkisini ortaya koyabiliriz.

(b) *Pratik Uyuşum Aracı Olarak Ölçülülük İlkesi*

Ölçülülük ilkesi, pratik uyuşumu sağlamayı amaçlayan bir çatışma çözme aracı olarak kabul edilir. Somut vakayla ilgili bir tartıma başvurularak, ilgili tüm taraflar için mümkün olduğunca etkili kalmalarını sağlamak amacıyla, eşit derecede anayasal olarak korunan karşıt çıkarların orantılı bir dengesi²⁵⁵⁵, bir uyum yakalanmalıdır²⁵⁵⁶. Aşağıda göreceğimiz üzere, Hesse, ortaya koyduğu başlangıç noktasının farklılığına rağmen, sonuçta pratik uyuşum ile ölçülülük ilkesinin değerlendirme aşamalarının benzerliğine vurgu yapmıştır²⁵⁵⁷.

Hesse'ye göre, her bir vakianın somut şartları dikkate alınarak uygulanan pratik uyuşum²⁵⁵⁸ ölçülülük testi çerçevesinde gerçekleştirilecektir: Temel hakların sınırlandırılması, uğrunda gerçekleştirildiği hukuki menfaati korumaya elverişli

114; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II, 550-551; Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, 226-235.

²⁵⁵⁰ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 135-136.

²⁵⁵¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 68. Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182.

²⁵⁵² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 116; Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, 235-245.

²⁵⁵³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 116.

²⁵⁵⁴ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 2. Aynı yönde Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 215.

²⁵⁵⁵ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 271; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225.

²⁵⁵⁶ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 271. Aşağıda ele alacağımız *Mephisto* kararında ise Federal Alman Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin uygulanmasını reddetmiştir. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, (dp. 615).

²⁵⁵⁷ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 46.

²⁵⁵⁸ Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 124.

olmalıdır. Sınırlama gerekli olmalı, yani yeterli olabilecek daha hafif bir araç mevcut olmamalıdır. Nihai olarak, sınırlama daha dar anlamda orantılı, yani temel hakkın ağırlığı ve önemine uygun bir oranda olmalıdır²⁵⁵⁹. Sınırlamalar, her iki değer arasındaki uyumu sağlamak için gerekenden daha ileri gitmemelidir²⁵⁶⁰.

“Pratik uyuşum”, temel haklardan birine yapılan bir müdahalenin anayasaya uygunluğunu değerlendirirken başvurulacak en son adımdır. Uygulanan anayasa hukukunun yorumlayıcı bir yöntemidir ve aynı zamanda orantılılığı dar anlamda uygulamak için metodolojik bir araçtır²⁵⁶¹. Pratik uyuşumun sağlanması için değer ve menfaatlerin tartılması, ölçülülük ilkesinin üçüncü kısmı anlamında, oranlılık çerçevesinde yöntemsel olarak uygulanır²⁵⁶². Bu bağlamda, bir temel hakkı korumak için, bu hakkın çatıştığı diğer hakkın kullanımına getirilen kısıtlama, amaç ile makul orantılı olmalıdır²⁵⁶³. Çatışma durumlarındaki bu tartımın amacı, ilgili tüm temel hakların koruduğu menfaatlerinin adil bir dengesi olmalıdır²⁵⁶⁴. Bir temel hakkı diğerinin aleyhine korumak için alınan tedbirlerin uygun olmadığı veya gerekli olmadığı kanıtlanırsa, gerçek bir çatışma durumu kesinlikle reddedilmelidir, çünkü nihai olarak izin verilen araçlar diğer hiçbir temel hakkı etkilemez²⁵⁶⁵.

Yukarıdaki açıklamalara bakarak, pratik uyuşum ilkesinin, klasik ölçülülük ilkesinden önemli yol gösterici ilkeler elde ettiğini söyleyebiliriz²⁵⁶⁶. Bununla beraber, bu ikisi arasında farklılıklar da vardır. Aşağıda bunu ele alacağız.

(c) Pratik Uyuşumun Klasik Anlamda Ölçülülük İlkesinden Farkları

Klasik anlamda ölçülülük testinde, egemen müdahalenin (yasanın veya idari ya da adli kararın) amacının, sabit bir amaç ile (bir diğer deyişle sabit referans noktasına göre) bir veya daha fazla değişken araç arasındaki ilişkisi değerlendirilir. Anayasal hak çatışmalarını çözmek için aranan denge ise bu ilişkiyi değil, optimizasyon görevini en iyi

²⁵⁵⁹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 142 (para. 318).

²⁵⁶⁰ *Ibid.*, 28 para. 72; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225.

²⁵⁶¹ Maruhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 281. Ayrıca Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 139.

²⁵⁶² Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 387; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224.

²⁵⁶³ Burada kastedilen, FAYM içtihatlarına göre ölçülülük ilkesidir. Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 467.

²⁵⁶⁴ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224.

²⁵⁶⁵ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 467.

²⁵⁶⁶ Burada kastedilen FAYM içtihatlarına göre ölçülülük ilkesidir. *Ibid.*

şekilde yerine getiren iki değişken büyüklüğü temsil eden her iki çatışan hak arasındaki karşılıklı bir ilişkiyi ifade eder²⁵⁶⁷.

Amaç ve araçların orantısız olmadığı ifadesi, bu ilişkinin optimal olup olmadığı konusunda henüz bir yargı içermez²⁵⁶⁸. Tartım sonucuna ilişkin olarak, pratik uyuşumun bir uygunluk, tolere edilebilirlik veya ölçülülük sınırı belirlemiş ve bunlara uymuş olması yeterli değildir²⁵⁶⁹. Pratik uyuşumda çözüm, her iki temel hakkı da hesaba katmalıdır; bir taraf tamamen göz ardı edilirse uyuşumdan bahsedilemez. Ölçülülük ilkesinin getirdiği, her iki tarafın da korunması zorunluluğu, yasa koyucunun hakkı düzenleme konusundaki takdir yetkisini de daraltır²⁵⁷⁰.

Belirli bir çatışma durumunda, kendisine daha az ağırlık verilecek olan temel hak, mümkün olduğunca gözetilmelidir²⁵⁷¹. Ayrıca, uygulamadaki küçük kayıplarla, diğer temel hak sahibi için önemli bir özgürlük artışı sağlanıp sağlanamayacağına bakılmalıdır²⁵⁷². Dolayısıyla pratik uyuşum ilkesi tarafından şart koşulan çatışan anayasal menfaatleri optimize etme görevi, ölçülülük ilkesinin ötesine geçer. Hukuki menfaatler arasında pratik uyuşum sağlanması, aynı zamanda, bu menfaatlerin orantılı bir tahsisi anlamında gelir. Bununla beraber, anayasal menfaatlerin orantılı tahsisi de mutlaka uyumlu bir çözümü temsil etmez. Bu nedenle, her iki ilke de eş görülemez²⁵⁷³.

Ölçülülük bir tolere edilebilirlik sınırını belirtirken, pratik uyuşum bir optimizasyon noktasını belirtir²⁵⁷⁴. Anayasal menfaatlerin karşılıklı olarak sınırlandırılmasına rağmen, her iki menfaatin da koruyucu değerlerinin mümkün olduğu kadar korunacağı şekilde duruma uygun optimizasyona yönelik bir dengenin bulunması gerekir. Tartımın sonucu özel bir niteliğe sahip olmalıdır. Bu nedenle pratik uyum,

²⁵⁶⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28, para. 72; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224-225; Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 296. Örneğin, Hesse’ye göre, GG m. 5’teki düşünce özgürlüğü ile genel yasalar tarafından korunan çıkarlar arasındaki karşılıklı ilişki, bir “pratik uyuşum” meselesidir. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72); Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 280.

²⁵⁶⁸ Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, 576.

²⁵⁶⁹ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 271.

²⁵⁷⁰ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 468.

²⁵⁷¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 229.

²⁵⁷² *Ibid.*

²⁵⁷³ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 272.

²⁵⁷⁴ *Ibid.*, 272.

birbiriyle çelişen anayasal değerlerin, yani süreci ve sonucu optimize etmeyi amaçlayan niteliksel olarak artan bir ağırlığı olarak anlaşılabilir²⁵⁷⁵.

Her şeyden önce, geleneksel anlayışa göre, ölçülülük ilkesi, temel hakların kullanılmasına yönelik bir kısıtlama olarak değil, öncelikle kamu gücünü denetleme aracı olarak anlaşılır²⁵⁷⁶. Olağan sınırlama hükümleri, iki kişi ile onların hukuki konumları arasında değil, daha çok birey ile toplum arasındaki çatışmaya odaklanır. Kamunun çıkarları, bireysel çıkarlarla kapsamlı bir şekilde dengelenmeye ihtiyaç duymaz. Dengeleme uygulaması, birey ve topluluk arasındaki geleneksel karşıtlık durumunda, birbiriyle çatışan iki bireysel hakkın söz konusu olduğu durumlardan farklıdır²⁵⁷⁷. Bu nedenle, pratik uyuşumun, bireysel hakların ve topluluk çıkarlarının dengelenmesi durumlarından ziyade, çatışan bireysel haklar için daha uygun olduğu iddia edilebilir²⁵⁷⁸.

Pratik uyuşum, geleneksel ölçülülük ilkesinden farklı görünür. Çünkü ölçülülük ilkesine yöneltilen eleştirilerden, özellikle de hakların dengelenmesinin bir hakkın diğerine feda edilmesini gerektirebileceği riskinden kaçınmaya çalışır²⁵⁷⁹. Ancak pratik uyuşumun arkasında hala ölçülülük söz konusudur. Pratik uyuşum bir hakkın diğerine- her iki hak için daha az müdahaleci olacak bir şekilde- üstün gelmesine yol açabilir. Buna göre reddedilmeksizin sınırlandırılacak bir hakka, sınırlandırılması aslında çatışmanın reddini gerektiriyorsa diğerinden daha az ağırlık verilmelidir²⁵⁸⁰. Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt bileşeninde, dar anlamda orantılılıkta, çatışan anayasal çıkarlar tartılır²⁵⁸¹. Pratik uyuşum ilkesi, tartım süreci ve tartım sonucu ile ilgili olarak, yalnızca dar anlamda orantılı değil, aynı zamanda çelişen konumların optimize edilmiş bir dengeyi de zorunlu kılar. Pratik uyuşum bu nedenle ölçülülük ilkesinin bir alt birimi, yani dar

²⁵⁷⁵ *Ibid.*, 271.

²⁵⁷⁶ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 137.

²⁵⁷⁷ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 284, 296; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 45.

²⁵⁷⁸ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 284.

²⁵⁷⁹ Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 244. Müller, pratik uyuşumun, çatışmaya giren her iki hakka orantılı bir şekilde dayatılan sınırlamalar gerektirdiğini açıklar. Bu yöntem aynı zamanda, bir hakka diğerine mutlak öncelik verme riskini taşıyan haklar arasındaki dengeden ayrılmayı da amaçlar. F. Müller, *Discours de la méthode juridique* (Paris: PUF/Léviathan, 1996), 285-286’ dan belirten Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 244, dp. 131.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*

²⁵⁸¹ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 273.

anlamda orantılılığın somutlaşmasıdır, bu nedenle iki ilke arasında dışlayıcı değil, bütünleştirici bir ilişki vardır²⁵⁸².

Pratik uyuşumun temel esaslarını ve ölçülülük ilkesi ile bağlantısını ortaya koyduğumuza göre, artık FAYM'nin kararlarını değerlendirebiliriz. Belirttiğimiz gibi, Mahkeme, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların çatışmanın tarafı olması halinde bu ilkeyi uygulamaktadır. Ancak FAYM'nin çatışma teorisi olarak adlandırdığımız çatışmadan doğan sınırlılık halini hatırlarsak, bu teorinin Mahkemenin mutlaka pratik uyuşum uyguladığı anlamına gelmediğini anlarız. Buradaki ana düşünce, kayıtsız anayasal hakların üçüncü kişilerin, yani başkalarının haklarıyla çatışması halinde, çatışan temel hakları arasında denge kurmaktır²⁵⁸³. Dolayısıyla pratik uyuşumun, dengeleme ve tartım ile bağlantısını da izah etmek gerekir.

Biz, henüz çatışma çözüm yöntemi olarak dengeleme yöntemini açıklamadık. Ancak “hukuki değerler tartısı” başlığı altında, Hesse'nin, pratik uyuşumu, kendisine alternatif olarak ileri sürdüğü “tartım”a dair görüşlere, ayrıntılı olarak yer verdik. Bu nedenle, çatışma çözümü olarak dengelemeye yer vermeden önce, pratik uyuşumun sağlandığı veya bunun iddia edildiği kararlara bakacağız. Günümüzde en yaygın çatışma çözüm yöntemi olarak öne sürülen ve uygulanan, çatışan anayasal hakların “dengelenmesi”, yani tartım meselesini ise sonra ele alacağız. Burada ölçülülük ilkesine dair eksik kalmış açıklamaları, Alexy'nin dengeleme yasasını ele alırken tamamlayacağız.

3. FAYM'nin Pratik Uyuşum İctihadı

FAYM, 1951 gibi erken bir tarihte Anayasayı “içsel birlik” (*innere Einheit*)²⁵⁸⁴ olarak sınıflandırmış ve anayasayı yorumlarken anayasanın “içsel uyumunun” (*innere Harmonie*) varsayılması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁸⁵. Anayasanın birliği, Mahkeme tarafından “en temel yorum ilkesi” (*vornehmstes Interpretationsprinzip*) olarak yüceltilmiştir²⁵⁸⁶. Buna göre, anayasa, “bireysel garantilerin, diğer anayasal norm ve

²⁵⁸² *Ibid.*

²⁵⁸³ Rohloff, *Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA*, 53.

²⁵⁸⁴ BVerfGE 1, 14 (32).

²⁵⁸⁵ BVerfGE 6, 309 (361) (*Reichskonkordat*). Ayrıca Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 178.

²⁵⁸⁶ BVerfGE 19, 206 (220) (*Kirchenbausteuer*).

ilkelerden taviz verilmeyecek şekilde yorumlanacağı bir anlam sistemidir”²⁵⁸⁷. Bu nedenle Anayasa normları tek başına, yani kendi başlarına yorumlanmamalıdır²⁵⁸⁸.

FAYM, pratik uyuşum ilkesini, sınırlama kaydı olmayan temel hakkın ihlali iddiasıyla gelen birçok kararda uygulamıştır. Bazıları, özellikle din özgürlüğüne ilişkin olanlar, hala doktrinel olarak ve ayrıca politik olarak tartışmalıdır²⁵⁸⁹. Aşağıda din özgürlüğüne ilişkin haklara dair kararlar da olmak üzere Mahkemenin pratik uyuşum ilkesine başvurduğu birkaç kararı ayrı başlıklar altında değerlendirmeyi uygun gördük.

a. *Kruzifix (Haç) Kararı*

Pratik uyuşuma, Alman Anayasa Mahkemesinin 16 Mayıs 1995 tarihli meşhur *Kruzifix* (Haç) kararı²⁵⁹⁰ örnek verilir²⁵⁹¹. Davanın konusu, kısaca Bavyera İlkokullarına İlişkin Yönetmeliğe göre ilkokullardaki her sınıfa bir haç (özellikle ölmekte olan erkek bedeni tasviri) takılmasıdır²⁵⁹². Başvurucuların ana iddiası, çocuklarının Hristiyanlık yönünden etkilendikleri ve bunun kendi eğitim anlayışlarına özellikle de yaşam felsefelerine aykırı olduğudur²⁵⁹³.

²⁵⁸⁷ BVerfGE 60, 253 (267) (*Anwaltsverschulden*).

²⁵⁸⁸ BVerfGE 1, 14 (32); BVerfGE 30, 1 (19) ve diğer kararlar için Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 269.

²⁵⁸⁹ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 284. Özellikle din özgürlüğü konusunda bkz. Fatima-Zahra Zaatan ve Astrid Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court on the Educational Agenda: Freedom of Faith in the German Educational System, *CPG Online Magazine*, no. 3 (2018) <https://www.cpg-online.de/2018/05/01/the-impact-of-the-german-federal-constitutional-court-on-the-educational-agenda-freedom-of-faith-in-the-german-educational-system/>. (erişim tarihi: 20.02.2022); Rohloff, *Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA*, 57-67.

²⁵⁹⁰ BVerfGE 93, 1 (*Kruzifix*). Bu kararda FAYM, Bavyera’daki İlköğretim Okulları Yönetmeliği’nin para. 13 (1) üçüncü cümlesini GG madde 4/1 ile uyumsuz ve geçersiz bulmuştur. Mahkeme, madde 4/1’teki din özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁵⁹¹ Bkz. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 289; Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 203.

²⁵⁹² Bu konuda Bavyera Eyaletinin, Federasyonun diğer on beş devletinden farklı olarak, bu zorunluluğu getiren tek eyalet olması ilginç bir noktadır. Diğer eyaletlerin aksine Bavyera’da birçok kamusal alanında haç işareti vardı. Zaatan ve Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court”.

²⁵⁹³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin *Kruzifix* kararı, Almanya’da kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştır. İktidar; kilise liderleri, politikacılar ve diğerlerinden muhalefetle karşılaşmıştır. Bavyera Eyaleti hükümeti, kararın tüm ilkokul sınıflarından haçların zorunlu olarak kaldırılması anlamına gelmesi durumunda, uymama tehdidinde bile bulunmuştur. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 279. Ayrıca Zaatan ve Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court”.

Kruzifix kararına konu olan çatışma, pozitif ve negatif din özgürlüğü arasındadır²⁵⁹⁴. Anayasa Mahkemesine göre bu gerilim, pratik uyuşum ilkesine uygun olarak, hoşgörü önceliği dikkate alınarak çözülmeliydi²⁵⁹⁵. Mahkemeye göre, Hristiyan inancındaki öğrencilerin inançlarını yerine getirebilmeleri için diğer görüştekileri tamamen baskı altına almak pratik uyuşum ilkesi ile uyumlu olmazdı.

Buradaki sorun, din özgürlüğünün sarıh bir sınırlama kaydı (*explicit limitations clause*) içermemesidir. Dolayısıyla, sınırlamalar ancak Anayasanın kendisi tarafından korunan çıkarların çatışmasından kaynaklanabilir²⁵⁹⁶. Mahkeme bu kararda, kendisinin yerleşik içtihadını tekrar ortaya koymuştur:

“Kayıtsız olarak güvence altına alınmış temel hakların farklı sahipleri arasında ve bu temel hak ile diğer anayasal olarak korunan menfaatler arasındaki bu çatışma, çatışan hukuki konulardan hiçbirinin tercih edilmemesini ve azami biçimde iddia edilmemesini, fakat hepsinin mümkün olduğu kadar nazik bir dengelemesini gerektiren pratik uyuşum ilkesiyle çözümlenmelidir”²⁵⁹⁷.

FAYM’ye göre, 4’üncü maddenin birinci ve ikinci fıkraları²⁵⁹⁸, kapsam açısından belirli bir inancı destekleme ve kişinin inançlarına göre yaşama ve hareket etme özgürlüğünü içerir²⁵⁹⁹. “Olumsuz inanç özgürlüğü” ise paylaşılmayan bir inancın ibadetlerinden uzak durma özgürlüğünü kapsar²⁶⁰⁰. Böylece negatif dini özgürlük, inanmamayı; dini pratiğin içinde olmaya, bir dini veya benzeri topluluğa ait olmaya ve

²⁵⁹⁴ Bkz. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 277.

²⁵⁹⁵ Oysa Bavyera Yüksek İdare Mahkemesinin verdiği karar kimi öğrencilerin olumlu din özgürlüklerini aşan negatif din özgürlüğü konusunda mutlak bir öncelik talep edemedikleri anlamına geliyordu. Bunun yerine, okuldaki dinlerini yerine getirirken şikayetçilerin başkalarının dini inançlarına karşı hoşgörü ve saygı duyması beklenmiştir. Zira Mahkemeye göre şikayetçiler için onarılamaz dezavantajlar ortaya çıkmayacaktı ve üstelik çocuklar dini sembol yerine Batı kültürünün ve felsefesinin bir aracı olan bu figürle birçok yerde karşılaşacaklardı. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçuların din özgürlüğü ihlalini reddederek pozitif din özgürlüğünü tercih etmiştir.

²⁵⁹⁶ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 290.

²⁵⁹⁷ BVerfGE 93, 1 (21).

²⁵⁹⁸ Federal Alman Anayasasının yukarıda belirttiğimiz Türkçe tercümesini (bkz. bu çalışma dp. 90) 4’üncü maddenin ilk fıkrası için kullanmadık. Kendi çevirimize göre GG m. 4/1 ve 2: “(1) İnanç ve vicdan özgürlüğü ile dini veya felsefi bir inancı ifade etme özgürlüğü dokunulmazdır. (2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.”

²⁵⁹⁹ Bkz. BVerfGE 32, 98 (106). Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 279. Alman Anayasa hukukunda inanç özgürlüğünün ayrımcılığa karşı boyutu da vardır. GG madde 3/3’e göre, dini gerekçelerle ayrımcılık yasaktır. Buna ilişkin olarak ve genel olarak, Mahkemenin din özgürlüğüne ilişkin kararları için bkz. Bkz. Zaan ve Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court”.

²⁶⁰⁰ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 279-280.

dini inancını açıklamaya zorlanamayacağı²⁶⁰¹. 4'üncü maddenin birinci fıkrası, hangi dini sembollerini kabul edip onaylayacağına ve neyi reddedeceğine karar vermeyi, bireye bırakır. Ne var ki, dini sembolere maruz kalmanın devlet tarafından yaratıldığı durum, bunlardan ayırt edilmelidir. Kısacası her ne kadar günlük yaşamda sıkça karşılaşılsa da Mahkeme, Devlet himayesinin söz konusu olduğu ve öğrencilerin bu figürlerden kaçma ihtimallerinin olmadığı öğretim yerlerini bundan keskin şekilde ayırır.

Kruzifix kararında Mahkeme, Anayasanın 4'üncü maddesinin birinci fıkrası ile ebeveynlerin çocuklarının bakım ve yetiştirmelerini doğal bir hak olarak sağlayan 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasını²⁶⁰² birlikte ele almıştır. Hoşgörü ilkesi göz önünde bulundurularak olumlu ve olumsuz din özgürlüğü arasındaki kaçınılmaz gerginliğin çözülmesi, kamu karar alma sürecinde herkes tarafından kabul edilebilir bir uzlaşmaya varılması gereken Federe Devlet'in yasama organı için bir sorundur. Anayasanın 7'nci maddesinin birinci fıkrası²⁶⁰³, eğitimi düzenlemek ve ebeveynlerden bağımsız olarak gerçekleştirilmesi gereken öğretim hedeflerini belirlemek hakkı dahil olmak üzere, Devlete eğitim yetkisi sağlar. Okul alanında ve diğer sanat alanlarında dini ve felsefi etkilere izin verir. Anayasanın 4'üncü maddesi, belirli bir okul türünü seçerken, mümkün olduğu kadar dini ve felsefi zorunluluktan muaf tutulmayı emreder. Ancak, okullarda öğrencilerin ve ebeveynlerinin farklı dini inançlarının çatıştığı da dikkate alınmalıdır. Bu çatışma, pratik uyum ilkesiyle çözülecektir²⁶⁰⁴. Buna göre, her iki hüküm bir arada görülmeli ve yorumlama yoluyla birbirleriyle uzlaştırılmalıdır. Anayasanın iki maddesinde korunan hukuki menfaatlerin uyumu ile Anayasanın bunları koruma kararına uyulmuş olacaktır²⁶⁰⁵.

Devlet kurumlarında sınırsız pozitif özgürlükten bahsedilemeyeceği için Mahkeme, farklı görüşte olanların dini ifadeden kaçacak imkanlarının gerektiğine dikkat

²⁶⁰¹ Mahkeme kararda din özgürlüğü ile devlet arasındaki ilişkiye dair uzun açıklamalar yapmış ancak kısacası bir dini emretme veya yasaklama noktasında devlet yetkisinden bahsedilemeyeceğine, aksine bu tür konularda devletin tarafsız olması ve barışçıl bir arada yaşama garantörü olması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bir inanca veya inanca karşı verilen karar Devletin değil birey için bir meseledir. Başka bir ifadeyle, devletin bu konuda koruma yükümlülüğü söz konusudur.

²⁶⁰² GG m. 6/2: "Çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet toplumu, onların bu görevi yerine getirmelerini gözetir."

²⁶⁰³ GG m. 7/1: "Bütün okul rejimi devletin denetimi altındadır."

²⁶⁰⁴ BVerfGE 93, 1 (21). Bkz. Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 12.

²⁶⁰⁵ BVerfGE 93, 1 (23).

çekmiştir²⁶⁰⁶. İnanan öğrencilerin kendi inançları doğrultusunda haç sembolü karşısında eğitim alabilmeleri için, azınlıkta kalan öğrencileri, çoğunluğun inançlarına tabi tutmak, pratik uyuşum ilkesine uygun olmayacaktır²⁶⁰⁷. Nihayetinde, olumlu din özgürlüğünün çoğunluklardan ziyade azınlıkları korumaya yönelik olduğunu belirten Mahkeme, çatışmanın çoğunluk ilkesine göre çözülemeyeceğini vurgulamıştır²⁶⁰⁸.

Temel hatları aşağı yukarı anlattığımız gibi olan *Kruzifix* kararında FAYM, bir yandan Devlet okullarında, buna itiraz eden öğrencilerin hacin kaldırılması gerektiği kararını vererek, ancak bu talepte olan öğrencilerin bulunmadığı sınıflarda hacin asılmasına izin verilmesini talep ederek uyuşum yani uzlaşma sağlamaya çalışmıştır²⁶⁰⁹.

Bizim anladığımız kadarıyla, bu kararda Mahkeme, iki temel hakkı uyuşturduğu kadar, (arka planda) inanç konusunda ayrışan iki grubu da uyuşturmaktadır. Zira bu iki grubun toplum içinde bir arada yaşamaları için bazı düzenlemelerin yapılması gerekliliğinin vurgusu ve kararın buna göre verilmesi söz konusudur. Tam bu noktada aklımıza Müller'in ifadeleri gelmektedir. Yazara göre, pratik uyuşum ilkesi “yalnızca biçimsel bir amaç tanımı ve bunun dışında özünde anayasa siyaseti olarak anlaşılması gereken bir çağrı sunmaktadır”²⁶¹⁰. Biçimsel ilke olma meselesini ortaya koyduğumuzu düşünüyoruz. Belirttiğimiz gibi, pratik uyuşum ilkesi tek başına bir çözüm sunamaz ve bu konuda ölçülülük ilkesinden yararlanır. (Bu dahi maddi bir içerik sağlamaz). Ancak burada her ne kadar Müller “özünde anayasa siyaseti” olarak adlandırdığı çağrıdan ne kastettiğini açıklamasa da, biz bu karara binaen yaptığımız açıklamaların ve aşağıda ele alacağımız başörtüsü kararlarındaki tutumun buna tekabül ettiğini görüyoruz. Toplumsal uyuşum derken bizim kastettiğimiz budur.

Öte yandan yukarıdaki açıklamalarımızla bağlantılı olarak, belki pratik uyuşumun, daha geniş bir çerçevede kabul edilmesi şartıyla, bu kararlarda sağlandığı iddia edilebilir. Şöyle ki, Blaesing'e göre Hesse'nin formülünden, bu formülün rasyonel bir anlaşmazlık çözümü girişimini gösteren iki kriter içerdiği çıkarımı yapılabilir. Pratik uyuşumda birincisi, pratik koşullar bunu dışlamadığı sürece, her iki temel hakkın en iyi

²⁶⁰⁶ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 291-292.

²⁶⁰⁷ BVerfGE 93, 1 (24).

²⁶⁰⁸ BVerfGE 93, 1 (24).

²⁶⁰⁹ Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 203.

²⁶¹⁰ Friedrich Müller, *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, yay. haz. Fazıl Sağlam (İstanbul: Maltepe Üniversitesi, 2009), 43.

şekilde gerçekleştirilmesi talebi²⁶¹¹ ve ikincisi, bir temel hakkın “topluluk yaşamındaki etkinliğinden” tamamen mahrum bırakılmasının yasaklanması talebi vardır²⁶¹². Bu karar için belki de ancak, olumlu ve olumsuz din özgürlüklerinin, toplumsal yaşamdaki etkinlikleri perspektifinden bir uyuşuma tabi tutulduğu iddia edilebilir. Zira bizim bu kararda gördüğümüz, bir anayasal hakkın başka bir anayasal hakla çatışmasından ötürü toplumsal yaşamdaki etkinliğinden mahrum bırakılmasının engellenmesidir.

b. Kopftuch (Birinci Baş Örtüsü) Kararı

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin, bizzat kendisinin, pratik uyuşuma başvurduğunu ifade ettiği ve pratik uyuşuma örnek gösterilen din özgürlüğüne ilişkin bir diğer kararı, 24 Eylül 2003 tarihli *Kopftuch* (Birinci Baş Örtüsü) kararıdır²⁶¹³. Olay, verdiği dersler sırasında başörtüsü taktığı için okuldaki yönetim tarafından uyarılan öğretmene ilişkindir²⁶¹⁴. Çatışan haklara daha yakından bakıldığında; şikâyetçinin pozitif din özgürlüğünün; Anayasanın 6’ncı maddesinin ikinci fıkrasına dayanan ebeveyn ayrıcalığı ve son olarak ideoloji ile din konularında hükümetin tarafsızlığını koruma yükümlülüğü ile birlikte okunduğunda, öğrencilerin negatif din özgürlüğü ile çeliştiği söylenebilir. Bu çatışma, ilgili hakların kapsamlı bir şekilde dengelenmesini ve dolayısıyla pratik uyuşum ilkesinin uygulanmasını gerektirmiştir²⁶¹⁵.

Söz konusu dava, daha önceki *Kruzifix* davasından farklıdır, çünkü bu defa, öğrencilerin olumsuz inanç özgürlüğü, sadece Devletin eğitim göreviyle değil, aynı zamanda bir bireyin (ilgili öğretmenin) pozitif inanç özgürlüğüyle de dengelenmelidir²⁶¹⁶. Mahkeme öncelikle -İslam’daki yorumuna dair tartışmalara bakmaksızın kişinin öznel iradesini dikkate alarak-, başörtüsü takmayı inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Pozitif ve negatif din özgürlüklerini dengeleyen Mahkeme, bu çatışma ile başa çıkmaları için - eğitim konularındaki geniş örgütsel özgürlükleri dahilinde- bir

²⁶¹¹ Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 167; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 139.

²⁶¹² Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 139-140.

²⁶¹³ BVerfGE 108, 282.

²⁶¹⁴ Müslüman olarak doğan Afgan başvuru, 1987’den beri daimi olarak Almanya’da yaşamaktadır ve 1995’te vatandaşlık almıştır. 1998’de öğretmenlik için niteliğini elde eden başvuru, başörtüsü giymeyi bırakmadığı için –dini tarafsızlığa aykırılık gerekçesiyle- Stuttgart Yüksek Okul İdaresi tarafından kişisel uygunluğu kabul edilmemiştir.

²⁶¹⁵ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 292.

²⁶¹⁶ Zaatan ve Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court”, 13.

yasal temel oluşturmayı eyaletlere bırakmıştır²⁶¹⁷. Bu, eyaletlerin, Anayasa tarafından sağlanan sınırlar dahilinde, okullarda izin verilen dini referansın derecesini belirleyebileceği anlamına gelir²⁶¹⁸. Federal Anayasa Mahkemesi, yalnızca, eyaletlerin yasal bir dayanak olmaksızın, bir öğretmenin sadece dini saikli görünümü nedeniyle yeterli olmadığı varsayılmasının, Anayasanın 33'üncü maddesinin ikinci fıkrasıyla bağlantılı olarak, Anayasanın 4'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, sarih bir sınırlama maddesi ile bağdaşmadığını belirtmiştir²⁶¹⁹. Buna göre, Anayasanın 4'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, sarih bir sınırlama maddesine tabi olmamakla beraber, Anayasa tarafından korunan diğer anayasal değerlere başvurulabilir²⁶²⁰.

Dikkate alınacak anayasal değerlerin başında, Devletin, herhangi bir dine ayrıcalık tanınmasını yasaklayan tarafsızlık ilkesi gelir. Ayrıca, Anayasanın 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, ebeveynlerin çocuklarına bakma ve yetiştirme hakları ile çocukların olumsuz din hürriyetleri de etkilenebilir. Herhangi bir sınırlama ise, açıkça tanımlanmış yasal bir temele dayanmalıdır²⁶²¹. Ancak öğretmenlerin okulda dini sembollerden kaçınma konusunda, resmi bir görev altında olduklarına dair yasal bir zemin yoktur. Bu nedenle Mahkeme, Anayasanın 4'üncü maddesinin birinci ve ikinci

²⁶¹⁷ Marauhn ve Ruppel, "Balancing Conflicting Human Rights", 277, 292-293. Bununla beraber yasa koyucu, öğretmenlerin din özgürlüğünü, öğrencilerin din özgürlüğünü, ayrıca ebeveynlerin eğitim hakkını ve hükümetin ideolojik ve dini tarafsızlık ilkesine uyma görevini dikkate almalıdır. *Ibid.*, 293.

²⁶¹⁸ *Ibid.*, 293.

²⁶¹⁹ BVerfGE 108, 282 (313).

²⁶²⁰ BVerfGE 108, 282 (297).

²⁶²¹ *Ibid.*, 292. Mahkemeye göre, başörtüsü takmak, devletin eğitim görevini yerine getirmesine müdahale edebilecek şekilde, okulda barışın soyut bir tehlikeye girmesini de yol açabilir. Bu anayasal değerlere yönelik böylesi bir tehlikeye nasıl başa çıkılacağı sorunu, demokratik olarak meşru yasama organının kendisi tarafından karara bağlanmalıdır. Zaaan ve Wallrabenstein, artan dini ve kültürel çeşitlilik göz önüne alındığında, Mahkemenin iki olası senaryodan bahsettiğine dikkat çekerler. "Ya yasama organı, karşılıklı hoşgörü uygulamasını teşvik etmek amacıyla okulda dini tezahürleri kabul eden bir yasal kavram benimser ya da öğrenciler, ebeveynler ve öğretmenler arasındaki olası çatışma potansiyelinin artması nedeniyle, devletin tarafsızlık görevine daha fazla önem veren ve dini referansların yasaklanmasına yol açan bir kavram seçer." Zaaan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 15. Bkz. BVerfGE 108, 282 (310). Bu bağlamda, Mahkeme şunu kabul etmiştir: Geniş bir takdir marjına sahip eyaletler, muhtemelen farklı okul gelenekleri, nüfusun mezhepsel bileşimi veya farklı derecelerdeki dini köklerin bir sonucu olarak farklı düzenlemeler yapabilirler. BVerfGE 108, 282 (302, 303). Zaaan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 15.

fıkraları ile bağlantılı olarak 33'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kamu görevlerine eşit erişim hakkının²⁶²² ve üçüncü fıkrasının ihlal edildiği kararını vermiştir²⁶²³.

FAYM'nin, davanın özel koşullarıyla ilgili olarak yargısal bir öz sınırlama uyguladığı, yani somut bir yargı incelemesinden kaçtığı bu karar, doktrinde, başta bu nedenle olmak üzere birçok yönden, çok fazla eleştiriye uğramıştır²⁶²⁴. Bu karar özellikle, *Kruzifix* kararıyla tutarlı olmamakla eleştirilmiştir. Eğer haç, okul çocuklarının olumsuz inanç özgürlüğüne veya ebeveynlerin eğitim hakkına tecavüz olarak görülüyorsa, aynı şeyin çocuklar üzerinde maddi bir kalıp etkisi olan kişiler olarak öğretmenler için de geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür. İkinci olarak, Mahkemenin bölgesel olarak farklı düzenlemelerin yapılabileceği görüşünün, din özgürlüğünün Anayasa 4'üncü maddesinde kayıtsız olarak güvence altına alınmasıyla uyumlu olmadığı savunulmuştur. Son eleştiri, Mahkemenin, başörtüsü takmanın neden temel hakların uygulanmadığı bir kamu hizmeti faaliyeti olarak sınıflandırılmayacağını netleştirmemesine dairdir. Bazı yazarlar ise, Devletin kendisinin, kendisini temsil eden kişilere indirgenemeyecekleri ve temsilcilerin kendi kişisel (dini) kimliklerini gerçekleştirme fırsatına sahip olmaları gerektiği görüşündedirler²⁶²⁵.

Sonuç olarak, pratik uyuşum ilkesi, benzer davalarda, farklı sonuçlara yol açmıştır. Her iki durumda da öğrenciler, paylaşmadıkları dini bir sembolle (haç ve başörtüsü) karşı karşıya kalmışlardır. *Kopftuch* kararında Mahkeme, öğretmenin dini özgürlüğüne karşı, öğrencilerin din özgürlüğüne ve ebeveynlerin eğitim hakkına daha fazla ağırlık tanımıştır²⁶²⁶. Mahkemeye göre iki dava arasındaki fark, haçın duvara asılmasının bir kamu kurumu kararı olması, başörtüsü takmanın ise öğretmenin bireysel din özgürlüğünün bir ifadesi olmasıdır²⁶²⁷. Ayrıca Mahkeme, başörtüsünün - haçtan farklı

²⁶²² GG m. 33/2 ve 32/3: "Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir." "Medeni ve siyasal haklardan yararlanma, kamu hizmetlerine alınma, kamu hizmetlerinde kazanılan haklar, ilgilinin dini inancına bağlı değildir. Hiç kimse, bir mezhebin üyesi olduğu veya olmadığı için veya felsefî görüşü yüzünden mağdur edilemez."

²⁶²³ BVerfGE 108, 282 (294).

²⁶²⁴ Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 15.

²⁶²⁵ *Ibid.*, 15-16.

²⁶²⁶ Marauhn ve Ruppel, "Balancing Conflicting Human Rights", 294.

²⁶²⁷ BVerfGE 108, 282 (305). Öğretmenin dini kanaatlerinin ifade edilmesinin devlete atfedilemeyeceği, çünkü devlet otoritesinin bir ifadesi olmadığına dair bkz. Marauhn ve Ruppel, "Balancing Conflicting Human Rights", 293-294.

olarak - mutlaka dini bir sembol olmadığını, aynı zamanda başka tür ifadeleri ve idealleri de ifade edebileceğini belirtmiştir²⁶²⁸.

Her iki kararda da Mahkeme, görünüşte benzer durumlara farklı kriterler uygulayarak, azınlıkların çoğunluğa karşı korunması gerekliliğini belirtmiştir. Pratik uyuşum ilkesinin bir özelliği tam olarak bu, *duruma özel* bakış açısıdır. Bu ilkenin uygulaması, her bir davanın özel koşullarının dikkate alınmasını ve benzer davalardaki farklı sonuçların aydınlatılmasını gerektirir. Pratik uyuşum, diğer yorumlayıcı yöntemlerin aksine, Mahkemenin genel geçerliliği olan argümanları bir kenara bırakarak bu tür asgari farklılıklara saygı duymasını sağlar²⁶²⁹. Biz bu kararın, olay bazlı verilmesi nedeniyle pratik uyuşumun özelliklerinden birini taşıdığını kabul ediyoruz. Ancak bizim bu kararda gördüğümüz, olumlu ve olumsuz din özgürlüklerinin çatışması karşısında Mahkemenin olayın koşullarına göre bu haklardan birini, toplumdaki huzuru –kim bilir belki de yukarıda izah ettiğimiz gibi bunu uyuşum olarak da adlandırmak mümkün olur- sağlamak adına feda ettiği. Bizce Mahkeme burada bir nevi “burada uyguladığım pratik uyuşum ilkesidir, zira her zaman için bir başka olayda farklı karar alma hakkımı saklı tutuyorum” demektedir.

c. Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen (İkinci Baş Örtüsü) Kararı

Kopftuch (Birinci Başörtüsü) kararından sonra bazı eyaletler, eğitim kanunlarında, Devletin tarafsızlık görevi ile okulda barışı tehlikeye koyacak dini ifadeleri yasaklamışlardır. Bazıları ise bu yasaklardan, Hristiyan sembollerini muaf tutmuştur²⁶³⁰. Böyle bir düzenlemenin FAYM'nin önüne gelmesiyle beraber 27 Ocak 2015 tarihli *Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen* kararı (İkinci Başörtüsü kararı)²⁶³¹ alınmıştır. Kamuoyunun dikkatini çeken bu karar, *Kopftuch* kararındaki hükmü kısmen değiştirmiştir²⁶³².

Olay Kuzey Ren-Westfalya Eyaleti'nde, uyarılmalarına rağmen başörtülerini çıkarmadan eğitime devam eden iki Müslüman kadın öğretmenin, kovulmalarından sonra

²⁶²⁸ *Ibid.*, 294, 304.

²⁶²⁹ *Ibid.*, 294.

²⁶³⁰ Zaaan ve Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court”, 16.

²⁶³¹ BVerfGE 138, 296 (*Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen*).

²⁶³² Zaaan ve Wallrabenstein, “The Impact of the German Federal Constitutional Court”, 16.

Mahkemeye başvurmaları üzerinedir. Üstelik bu Eyaletteki Eğitim Kanunu, Hristiyan eğitim ve kültür değerlerinin bu yasağı ihlal etmediğini düzenlemiştir²⁶³³. Olay FAYM önüne geldiğinde, Mahkeme 6'ya karşı 2 oyla Anayasanın 4'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Eğitim Kanununun Hristiyanlığa ayrıcalık tanıyan ilgili maddesi ise, Anayasanın 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrası ve 33'üncü maddesinin ikinci fıkrası yönünden, anayasaya aykırı bulunmuştur.

Mahkeme bu kararda da, İslam'daki farklı yorumlara aldırış etmeden, kişinin öznel iradesine göre başörtüsünü dini özgürlük kapsamında değerlendirmiştir. Bu nedenle de başörtüsü yasağını, inanç özgürlüğüne ağır bir müdahale olarak görmüştür. Mahkeme yasama organının Eğitim Kanununun ilgili maddesi aracılığıyla, şikayetçilerin pozitif inanç özgürlüğü ile çatışan anayasal çıkarlar arasında pratik uyum ilkesinin gerektirdiği gibi, bir denge kurup kurmadığına bakmıştır. Başvurucuların inanç özgürlüğü ile çatışan bu çıkarlar; öğrencilerin olumsuz inanç özgürlüğü, ebeveynlerin çocuklarını yetiştirme hakkı ve Devletin eğitim görevleridir²⁶³⁴.

Öğrencilerin olumsuz inanç özgürlüğüne ilişkin olarak, Mahkeme dini motivasyonlu bir kıyafetin başlı başına onların temel haklarına bir müdahale olmadığını belirtmiştir. Öğretmenler dini inançlarını açıkça yayma yönünde davranmadıkça, öğrenciler yalnızca bir bireyin olumlu din özgürlüğü ile karşı karşıyadır, demektir. Mahkeme, aynı şekilde, velilerin çocuklarını dini perspektiflerine göre eğitmeye dair temel haklarına bir müdahalenin varlığını da reddetmiştir. Bu temel hakkın, onlara, çocuklarını öğretmenlerin dini inançlarını dış görünüşle ifade etmelerinin etkisinden soyutlama hakkı vermediğini açıkça ortaya koymuştur²⁶³⁵.

Mahkemeye göre davaya konu olaydaki durum, başörtüsü takmanın Devlete atfedilemez olmasından daha ziyade, bireyin dini inançlarının bir uygulamasını teşkil etmesinden kaynaklanır. Anayasanın 7'nci maddesinden kaynaklanan eğitim yetkisini icra ederken, Devletin dini ve ideolojik konulardaki tarafsızlığı, Devlet ile kilisenin katı

²⁶³³ *Ibid.*, 17. Yalnızca Berlin ve Bremen, Hristiyan dini için böyle bir ayrıcalık uygulamamıştır. *Ibid.*, (dp. 73).

²⁶³⁴ BVerfGE 138, 296 (333 vd.) Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 17.

²⁶³⁵ BVerfGE 138, 296 (337). Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 18.

bir ayrılığını gerektirmez. Bu madde anlamında tarafsızlık, Devletin, tüm inançları eşit olarak desteklemek konusunda açık ve saygılı bir tutum sergilemesi olarak anlaşılmalıdır²⁶³⁶.

Bu durum, Devlet tarafından haçların asıldığı *Kruzifix* kararındaki durumdan farklıdır. Bu hususlar ışığında Mahkeme, dış görünüşe yansıyan ifadelerle dair katı yasağın orantısız olduğuna hükmetmiştir. Zira burada okul barışına ve devletin tarafsızlığına yönelik olarak yalnızca soyut bir tehlike mevcuttur²⁶³⁷. Eğitim Kanununun 57'nci paragrafının 4'üncü bölümünün birinci cümlesinin katı bir yorumu bağlamında Mahkeme, bir yasağı getirmek için spesifik bir tehlikenin ortaya konmasını beklemektedir. Öte yandan Mahkeme, belirli okullarda veya belirli okul bölgelerinde, belirli bir süre için dış görünüş veya davranış nedeniyle inanç konusundaki çatışmalar, okulda barışın veya devletin tarafsızlığının yeterince somut bir şekilde tehlikeye atılmasının eşliğini geçmişse, dini ifadelerin genel olarak yasaklanması seçeneğini teyit etmiştir. Ancak, genel olarak başörtüsü öyle bir tehlike oluşturmaz²⁶³⁸.

Görüldüğü üzere, başlangıçta da ifade ettiğimiz gibi din özgürlüğüne dair kararlar yalnızca hukuki olarak değil, genel itibarıyla sosyal ve siyasi olarak da tartışmalıdır. Şimdi diğer haklar için FAYM'nin pratik uyum kararlarına bakalım.

d. Mutzenbacher Kararı

Pratik uyuma başvuru bir başka karar, erotik romanda²⁶³⁹ sanat özgürlüğü ile küçüklerin korunması arasındaki çatışmanın dengelendiği *Mutzenbacher* kararıdır²⁶⁴⁰. Almanya'daki ilgili kurumun, *Mutzenbacher* romanını, yalnızca çocukların ve gençlerin erişemeyeceği ve görüntüleyemeyeceği iş yerlerinde ve yalnızca yetişkinlere dağıtılması, başka bir ifadeyle yayının dağıtımının, reşit olanlarla sınırlama sonucunu doğuran resmi

²⁶³⁶ BVerfGE 138, 296 (338, 339). Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 18.

²⁶³⁷ BVerfGE 138, 296 (340). Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 18.

²⁶³⁸ BVerfGE 138, 296 (341, 342). Zaatan ve Wallrabenstein, "The Impact of the German Federal Constitutional Court", 18.

²⁶³⁹ Romanın tam adı şöyledir: "*Josefine Mutzenbacher oder Die Geschichte einer Wienerischen Dirne von ihr selbst erzählt*" (Josephine Mutzenbacher- Kendi Anlattığı Gibi Bir Viyana Fahişesinin Hayat Hikayesi". Roman ilk defa 1906'da yayınlanmış, ancak dava 1960'ta kitap yeniden basıldığında açılmıştır.

²⁶⁴⁰ BVerfGE 83, 130.

listeye²⁶⁴¹ almasının ardından, romanın yayınevi, 1979'un başlarında bu yerleştirmeye karşı bir dilekçe vermiş ve FAYM'de dava açmıştır²⁶⁴². Başvurucunun iddiasına göre, edebi bir eser olan bu romanın, Anayasanın 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının korumasından yararlanması ve o listede yer almaması gerekirdi. Zira gençliğin korunması, sanat özgürlüğü karşısında genel bir tercihten yararlanamaz.

Federal Anayasa Mahkemesi, *Mutzenbacher* kararında, pornografi ve sanatın karşılıklı dışlayıcı olup olmadığına ve birincinin gerekli ve ikincisini inkar etmek için yeterli olup olmadığına bakmıştır²⁶⁴³. FAYM'ye göre bu roman, yazarın izlenimlerini, deneyimlerini ve fantezilerini bir romanın edebi biçiminde ifade eden özgür ve yaratıcı oluşumu da dahil olmak üzere, bir sanat eseri için kurucu olan çok sayıda unsur içerir. Erotik içerik, sanat özgürlüğünü dışlamaz. Dolayısıyla roman, sanat özgürlüğünün korumasından yararlanır. Sonuç olarak, Anayasanın 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi ihlal edilmiştir²⁶⁴⁴.

FAYM, bir romanın sanat eseri olarak nitelendirilmesinin, yukarıda açıklanan liste de dahil olmak üzere, küçükleri korumaya yönelik önlemleri dışlamadığını savunmuştur²⁶⁴⁵. Anayasanın 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi, sarih bir sınırlama maddesi içermediğinden, sanat özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin esaslı sınırlamalar, *ancak başkalarının temel haklarından veya aynı şekilde anayasal olarak korunan menfaatlardan* kaynaklanabilir²⁶⁴⁶.

Küçüklerin kendilerine zararlı olabilecek tehditlerden korunması anayasal olarak korunan bir menfaattir. FAYM'ye göre -burada "pratik uyum" önemli hale gelir- yasa koyucu genel olarak, kanuni düzenlemeyle, yazıların çocukların ve gençlerin kişilikleri üzerinde zararlı olabileceğine karar verebilir²⁶⁴⁷. Ancak, yasa koyucu sanat özgürlüğünü

²⁶⁴¹ Dava, Gençlere Zararlı Yazıların Dağıtılmasına Dair Kanunun (*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften*) uygulanmasından doğmuştur. Bu yasaya göre, Federal Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı'na bağlı bir Federal Alman kurumu olan Gençler için Zararlı Medya Federal Dairesi (*Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien*), gençlere zararlı olduğu iddia edilen medya çalışmalarını inceler. Genel olarak farklı sivil toplum gruplarını temsil eden bir karar verme paneli, medya çalışmalarının gençler için gerçekten zararlı olduğunu tespit ederse, bunları resmi bir listeye alır. Bkz. Marauhn ve Ruppel, "Balancing Conflicting Human Rights", 277 vd.

²⁶⁴² *Ibid.*, 278.

²⁶⁴³ *Ibid.*, 277.

²⁶⁴⁴ GG m. 5/3, birinci cümle: "Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir."

²⁶⁴⁵ BVerfGE 83, 130 (139).

²⁶⁴⁶ BVerfGE 30, 173 (193). Bkz. Brohmer, Hill ve Spitzkat, *60 Years German Basic Law*, 94-95.

²⁶⁴⁷ BVerfGE 83, 130 (140, 143).

göz önünde bulundurarak, gençlerin korunmasının, her zaman ve istisnasız olarak, özellikle tehlikeli yazıların belirli bir türüne göre önceliğe sahip olmasını emredemez²⁶⁴⁸. Sanat özgürlüğü ile anayasal olarak korunan başka bir çıkar arasında bir çatışma olması durumunda, her iki çıkar da her birinin optimizasyonu için uygun bir dengeye getirilmelidir²⁶⁴⁹. Mahkemeye göre, “pratik uyuşum” ilkesini uygularken, sanat özgürlüğünün kendisinin, çatışan anayasal çıkarların uygulanmasına sınırlar koyduğu akılda tutulmalıdır. Bütün bunlar, belirli bir edebi türü tanımlama olasılığına bakılmaksızın, genel olarak bunlardan birinin tercih edilmemesini, ancak duruma göre çatışan menfaatlerin dikkate alınmasını gerektirir²⁶⁵⁰.

Bizce bu kararda, gerçek anlamda bir pratik uyuşum ilkesinden söz edilebilir. İlgili roman sanat özgürlüğünden yararlanmış ve yine de çocukların korunmasına dikkat edilmiş, dolayısıyla ikisi arasında bir tercih yapılmamıştır. FAYM, yasama organının, sanatsal özgürlük ile küçüklerin anayasal koruması arasındaki çatışmada, küçüklerin korunması lehine tek taraflı olarak karar vermemesi gerektiğini ortaya koymuştur²⁶⁵¹. Mahkeme bir hak lehine karar vermek yerine, iki anayasal hak konumunu, çatışan çıkarları tartarak ve genellikle iki kaygıdan herhangi birine öncelik vermeden, uygun bir dengeye getirme ve böylece optimizasyon sağlama amacı taşımıştır²⁶⁵². Yasanın uygulanması bağlamında, bir yazı türünün gençler için tehlikeli olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağına karar verilirken, anayasal sanat özgürlüğü gerektiği gibi dikkate alınmalıdır; bu değerlendirmenin yapılmaması sanat özgürlüğünü ihlal eder²⁶⁵³.

e. Mephisto Kararı

Özel hayata saygı hakkı ile sanat özgürlüğünün dengelendiği *Mephisto* kararında²⁶⁵⁴ FAYM, Alman Anayasasının 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin belirli sınırlama kaydı içermemesinin, hakkın asla sınırlanamayacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Yalnızca diğer anayasal değerlerin korunması, sanat

²⁶⁴⁸ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 278.

²⁶⁴⁹ BVerfGE 83, 130 (143). Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 278-279.

²⁶⁵⁰ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 279.

²⁶⁵¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 227.

²⁶⁵² BVerfGE 83 130 (143).

²⁶⁵³ BVerfGE 83 130 (147 vd.). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 227.

²⁶⁵⁴ BVerfGE 30, 173. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 285.

özgürlüğünün sınırlanmasını meşrulaştırabilir²⁶⁵⁵. Sanat özgürlüğüne ilişkin ihtilaflar, anayasanın birliğini gözeterek, ancak anayasal yorumla anayasal değer sistemine uygun olarak çözülebilir²⁶⁵⁶.

Mephisto kararı, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin, sanat özgürlüğüne ilişkin dönüm noktası kararı olmuştur. “Mephisto: Kariyerin Romanı” 1936’da Klaus Mann tarafından yazılmış bir romandır. Roman, nasyonal sosyalist dönemde, sanatsal bir kariyere sahip olmak için güç sahipleriyle ve kural koyucularla anlaşmak için politik düşüncesini, her türlü insani, vicdani ve etik bağı reddeden, üstün yetenekli oyuncu Hendrik Höfgen’in yükselişini betimlemektedir. Roman bu yükselişi mümkün kılan mental, entelektüel ve sosyal önkoşulları ortaya koymaktadır. Romanın karakteri Hendrik Höfgen’inin modeli, oyuncu Gustaf Gründgenstir. Başka bir ifadeyle, aslında romanın baş karakterinin, Klaus Mann’ın bir dönem arkadaşı olan Gustaf Gründgens olduğu anlaşılmaktadır. Zaten yazar da, bir söyleşisinde (1942) bu ilişkiyi, böyle birçok kişiden biri olan Gustaf’tan yola çıktığını kabul etmiştir. 1948’de yazar başka bir yazısında, yine Gustaf’ın sadece tanıdığı biri olduğu için ondan yola çıktığını, aslında onun birçok kişi arasında bir örnek olduğunu dile getirmiştir²⁶⁵⁷.

Aslında Gustaf Gründgens’in hayatını anlatan bu romanın parçaları, evlatlık edilen oğlu tarafından Mephisto yayıncısına karşı 1963’te dava edilmiştir. Dava, Klaus Mann aleyhine sonuçlanmış ve bu karar üst mahkemelerce de onaylanmıştır. Federal Yüksek Adalet Mahkemesinin ve Hamburg’taki Bölgesel Temyiz Mahkemesinin (*Hanseatischen Oberlandesgerichts*) kararlarına karşı başvuru anayasal şikayette, başvuru, ölçülülük ve hukuki güvenlik ilkelerinin yanı sıra Anayasanın 1’inci maddesinin, 2’nci maddesinin birinci fıkrasının, 5’inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının ve 14’üncü maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

FAYM *Mephisto* davasında, Gründgens ailesinin özel hayatına saygı hakkı ile yazarın sanat özgürlüğü arasında bir dengelemeye girişmiştir²⁶⁵⁸. Mahkeme, sanat

²⁶⁵⁵ Sanat özgürlüğü anayasadaki diğer temel haklar gibi insan onuruna (GG madde 1/1) yoğun şekilde bağlı olan insan imajı üzerine temellenmiştir. Bu insan imajı, insanı sosyal topluluk içinde özgürce gelişen sorumlu bir kişi olarak algılar. Mahkeme, gerekçesinde ayrıca, belirli bir sınırlama maddesinin yokluğunun, sanat özgürlüğü için sınırlamaları tanımlayabilenin, yalnızca Anayasa olduğu anlamına geldiğini ileri sürer. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 286.

²⁶⁵⁶ *Ibid.*, 286-287.

²⁶⁵⁷ BVerfGE 30, 173.

²⁶⁵⁸ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 277.

özgürlüğü güvencesinin, “anayasal bir başlangıç noktası olmaksızın ve yeterli anayasal güvenlik olmaksızın, toplumun varlığı için gerekli hukuki çıkarları riske atan belirsiz bir maddeyle görelî hale getirilmemesi” gerektiğini belirtmiştir²⁶⁵⁹.

Romanın yayınlanmasının, ilgili bireyin kişiliğinin korunan alanı için ciddi bir tehdit oluşturup oluşturmadığına karar vermeleri gereken Hamburg Bölgesel Temyiz Mahkemesi ve Federal Yüksek Mahkemesi (Yargıtay)²⁶⁶⁰, kişilik hakları lehine ve Gustav Gründgens’in mahremiyet haklarına müdahalenin, sanat özgürlüğüne yapılan müdahaleden daha şiddetli olduğuna karar vermiştir²⁶⁶¹.

Dava Federal Anayasa Mahkemesi’ne taşındığında, Mahkemenin tartıştığı soru Federal Yüksek Mahkemenin ilgili çatışan çıkarları gerektiği gibi dengeleyip dengelemediğiydi²⁶⁶². Buna göre çelişen anayasal değerler, somut davanın koşulları göz önünde bulundurularak, sanat özgürlüğünün “sınırsız” garantisi ışığında dikkatli bir şekilde dengelenmelidir²⁶⁶³. Mahkeme, romanda edebi amaçlarla kişisel verilerden yararlanılmasının, mahremiyet hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığının anlaşılması için bireysel davanın tüm koşullarının dikkate alınmasını bekleyerek, pratik uyum ilkesine atıfta bulunmuştur²⁶⁶⁴. Nihayetinde FAYM, Federal Yüksek Mahkemesinin kararını onaylamış ve yayın yasağı yürürlükte kalmıştır.

FAYM’nin bu kararı da eleştiriden kurtulamamıştır. Gerek Lerche’nin nazik dengesini gerek Hesse’nin pratik uyumunu sorunun üstünü kapatan yatıştırıcı formüller olarak değerlendiren Bethge, buna *Mephisto* kararını örnek olarak verir²⁶⁶⁵. Buradaki kitap yasağı, ne yumuşak ne de pratik olarak uyumludur. Dolayısıyla optimal de değildir. Bu da, dengeleme ve tartıma başvurmak için çatışan temel hakların içeriğinin, özellikle ilgili temel hakların özüne göre ayarlanması gerektiğini gösterir. Her çatışma, dengelemeye başvurarak eşit bir çözümü gerektirecek ve haklı çıkartacak çatışma değildir²⁶⁶⁶.

²⁶⁵⁹ BVerfGE 30, 173 (192 vd.).

²⁶⁶⁰ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 286.

²⁶⁶¹ *Ibid.*

²⁶⁶² *Ibid.*

²⁶⁶³ BVerfGE 30, 173 (195).

²⁶⁶⁴ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 287. Bkz. BVerfGE 30, 173 (195).

²⁶⁶⁵ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 708.

²⁶⁶⁶ *Ibid.*

FAYM, kararında, çatışmalarla ilgili her zaman açık cevaplar sunmaz. *Mephisto* kararında Mahkeme, kendisini, şikayetçi yayıncının temel bir hakkının ihlal edilmediği, merhum G. Grüngens'in haysiyetine öncelik tanınmasına izin verildiği, ifadesiyle sınırlamıştır²⁶⁶⁷. Önceliğin verilmesi gerekliliğine dair ek açıklama yapmayan Mahkemeye, Federal Yüksek Mahkemesi aksine bir karar verebilirdi²⁶⁶⁸.

Mephisto kararına yönelik, kaçınma ilkesinden (*Ausweichprinzip*) yola çıkılarak sergilenen, farklı bir yaklaşım da söz konusudur²⁶⁶⁹. Bu ilkeye FAYM'nin başka kararlarında da başvurulduğu için, aşağıda ilkeyi kısaca açıklayıp pratik uyum ile ilişkisini ortaya koymayı uygun gördük.

4. Pratik Uyuşumdan Farklı Olarak Kaçınma İlkesi

Kaçınma ilkesi temel olarak, hukuk düzeninin tanıdığı her çıkarı dikkate almak ve bunların hiçbirine zarar vermeden bir yol aramak zorunda olması mantığına dayanır. Bu nedenle çıkarılardan birinin veya diğerinin baskın gelmesinden kaçınılarak, bunlardan hiçbirine zarar vermeyen alternatif yol aranır²⁶⁷⁰. Dolayısıyla buradaki en temel düşünce, çatışmalardan kaçınmadır²⁶⁷¹.

Kaçınma ilkesini, özellikle özel hukuk için araştıran Heinrich Hubmann, bu ilkenin (medeni hukukta) menfaat tartımında birincil sırada yer aldığını belirtir. Çünkü hayat, değerlerin gerçekleştirilmesi için farklı imkan ve yollar sunmaktadır²⁶⁷². Birçok menfaat arasındaki uyumsuzluk, çoğunlukla, biri başka bir yoldan hedefine ulaşacak şekilde çözülebilir. Kendisinin menfaat konumu en iyi olan, yani çıkarları buna izin verme olanağı en yüksek olan kişi, kaçınmalıdır. Yalnızca bir taraf kaçınma imkanına sahipse, o halde kaçınabilecek taraf bu yolu seçmekle yükümlüdür²⁶⁷³. Her bir taraf için alternatif bir seçenek varsa, çıkarları düşük olarak değerlendirilecek taraf, genellikle

²⁶⁶⁷ Rübner, "Grundrechtskonflikte", 471.

²⁶⁶⁸ BVerfGE 30, 173 (196 vd.). Bkz. Rübner, "Grundrechtskonflikte", 471-72.

²⁶⁶⁹ Bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 51.

²⁶⁷⁰ Heinrich Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht* (Köln, Berlin, Bonn, Müncheln: Carl Heymanns Verlag, 1977), 151.

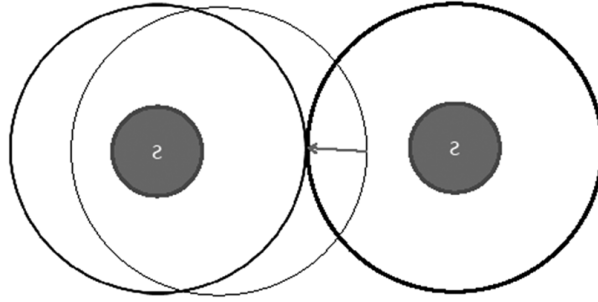
²⁶⁷¹ Heissl, "Human Right Collisions", 39.

²⁶⁷² Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 91.

²⁶⁷³ *Ibid.*, 151; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 151.

farklı bir yol izlemelidir²⁶⁷⁴. Böylece çatışan menfaatlerden birinin önceliğinin belirlenmesi, gereksiz hale gelecektir²⁶⁷⁵.

Bir ön incelemeyi oluşturan bu ilk adımda, her iki hakkın da tamamen gerçekleşeceği bir yol aranır. Bu arayışta kilit soruyu ise her iki anayasal hakkın konusunun, bir şekilde birinin diğerini etkilemeyecek şekilde icra edilip edilemeyeceği sorusu oluşturur²⁶⁷⁶. Heissl'in oluşturduğu çemberlerle durumu ifade etmeye çalışalım²⁶⁷⁷:



Buna göre, anayasal hakların koruma kapsamını gösteren çemberler (S) (önce ince bir çizgide ve daha sonra kalın çizgiyle belirtilir), artık birbirleriyle çarpışmayacakları bir mesafeye göre ayarlanır. Bu başarıldığında ise, çatışma önlenecek ve başka bir adım gerekmeyecektir²⁶⁷⁸.

Kaçınma ilkesi izlenerek çatışma çözülmeye çalışıldığı zaman, eğer taraflardan birinin yol vermek zorunda kalması için herhangi bir sebep yoksa, hâkim her birine eşit bir alan tahsis etmelidir. Örneğin, iki trompetçi yan yana odalarda yaşıyorsa ve her biri bir saat enstrüman çalmak istiyorsa, hakim her ikisine de eşit davranılması için zaman tahsis etmelidir. Aynı durum, birkaç kiracı arasında banyo gibi ortak alanların kullanımıyla ilgili anlaşmazlıklar için de geçerlidir²⁶⁷⁹.

²⁶⁷⁴ Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 91-92.

²⁶⁷⁵ *Ibid.*, 151; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 51-52.

²⁶⁷⁶ Heissl, "Human Right Collisions", 39.

²⁶⁷⁷ *Ibid.*

²⁶⁷⁸ *Ibid.*

²⁶⁷⁹ Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 92.

Kaçınma ilkesine, Heissl'ın anayasal haklarla doğrudan bağlantılı olarak verdiği örneğine bakalım. Hükümet aleyhinde bir gösteri, kasabanın dışında Aralık ayında Cumartesi günü yapılırsa, Noel pazarları işletmecilerinin hakları etkilenebilecektir. Böyle bir ihtimalden kaçınmak için gösteri için farklı bir gün, zaman veya farklı bir yer uygun bulunabilir. Öneme binaen özellikle o gün yapılması gerektiğini düşünmezsek, toplanmanın yasaklanması yerine - organizatörle birlikte - çatışmayı önlemek için sırayla olası alternatifler bulunmaya çalışılacaktır. Böylece çatışmadan kaçınılacaktır²⁶⁸⁰. Ancak bu örneği biraz daha değiştirip, gösterinin, esnafın ticari uygulamalarını vurgulamak amacını taşıdığını ve özellikle aynı yerde, aynı zamanda yapılması gerektiğini düşünelim. Bu durumda, çatışmadan kaçınmak mümkün olmayacaktır²⁶⁸¹.

Kaçınma ilkesinin *Mephisto* kararı ile ilişkisine gelirse; bu kararda kişiliğin korunmasının sanat özgürlüğüne üstünlüğü veya önceliği sorusu tartışılmamıştır²⁶⁸². Aksine kaçınma ilkesi bağlamında tartışılan soru şu olmuştur: Bir romanın sunumu olarak hizmet eden “gerçek” kişi, kendisinin özel hayatının ihlali söz konusu olmayacak şekilde yeterince yabancılaştırılmış mıdır?²⁶⁸³ Tarih yazımının aksine, gerçekliğin tam bir resmini yansıtmak, sanatın özünün bir parçası değildir. Klaus Mann çıkar çatışmasından kaçınabilir ve romanını, kimsenin kişiliğinden yaralanmadığı şekilde tasarlayabilirdi ve bunu yapmak zorundaydı²⁶⁸⁴. Roman, mahkemelerin açıkça belirlediği gibi, Gustaf Gründgens'in korunan kişisel alanını ihlal ettiğinden, merhumun kişisel korumasının sanat özgürlüğünden daha ağır bastığının kanıtlanması önemli olmaksızın, davanın kabul edilmesi gerekiyordu²⁶⁸⁵. *Mephisto* kararında FAYM, iki hak arasındaki çatışmanın çözümünü, “sanatçının belli bir yaşamdan aldığı malzemeyi kişilik hakkına yol açmamak için yabancılaştırmak zorunluluğunda görmüştür”²⁶⁸⁶.

Lebach kararında da FAYM benzer bir düzlemde yer almaktadır²⁶⁸⁷. Mahkeme, kişisel mahremiyetin korunmasına televizyonda haber verme ve görüş ifade etme

²⁶⁸⁰ Austrian Constitutional Court 18.601/2008'den belirten Heissl, “Human Right Collisions”, 39.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, 39.

²⁶⁸² Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 52; Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 151.

²⁶⁸³ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 52. Vurgu yazara aittir. Aynı yönde Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 152.

²⁶⁸⁴ Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 152.

²⁶⁸⁵ *Ibid.*

²⁶⁸⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126. Bir başka örnek karar için *ibid.*

²⁶⁸⁷ BVerfGE 35, 202 (219 vd.). Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 469; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126.

özgürlüğünden daha fazla öncelik vermemiş, bu nedenle genel olarak kişi haysiyeti önceliğine karşı haber yapma özgürlüğünün geri adım atması gerektiği sonucuna varmamıştır²⁶⁸⁸. Aksine, *Mephisto* kararındaki sanatsal ifade özgürlüğünde olduğu gibi, ceza politikası sorunları hakkında fikir özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü tamamen korunmuştur. Bununla birlikte, FAYM, sansasyonel bir ceza davasının isimlerini içeren somut haberciliğin, failin kişiliği uğruna en azından zamanla sınırlı olması gerektiğini düşünmüştür²⁶⁸⁹. RUFNER'e göre bu, özgür haberciliğe getirilen bir kısıtlamadır, ancak belirli bir ceza davasında kamunun azalan ilgisi göz önüne alındığında geride bırakılabilir²⁶⁹⁰.

Literatürde pratik uyuşum ilkesi, kaçınma ilkesi, hakkın kapsamının çizilmesi veya koruma alanları belirlenerek hak çatışmalarının önlenmesi hususları, farklı yazarlar tarafından farklı şekilde ele alınabilmektedir. Örneğin Kanadoğlu'na göre, kaçınma ilkesi esasen çatışmada çatışan haklar arasında tam uyuşumun sağlanamaması halinde somut olayda haklardan birine, diğerine nazaran daha fazla ağırlık tanınması durumunda uygulanabilir. Diğer hak, yani somut durumda daha az ağırlığa sahip olan hak ise mümkün olduğu ölçüde dikkate alınır. *Lebach* kararından yola çıkarsak failin genç olması ya da işlediği suçun ağır olmaması halinde iletişim özgürlüğüne ağırlık verilse de, failin kimliği gizli kalarak kişilik hakkı maksimum seviyede korunmaya çalışılır²⁶⁹¹.

Kanadoğlu'nun ifadelerine bakarsak, ideal olanın tam uyuşum, ancak bu sağlanmazsa sonraki tercihin "kaçınma ilkesine" başvurmak olması gerektiğini anlarız. Heissl'in açıklamalarına bakarsak; yazar, öncelikle kaçınma ilkesindeki yaklaşımın pratik uyuşum ve nazik denge kuramlarına kadar uzandığına dikkat çeker. Ardından, aradaki fark olarak, pratik uyuşum ilkesi veya iki temel hakkın dikkatli bir şekilde dengelenmesi için iki anayasal hakkın da sınırları çizilirken, kaçınma ilkesi altında her iki temel hakkın da tamamen geliştirilmesinin amaçlanmasını ileri sürer²⁶⁹². Heissl'in yalnızca bu

²⁶⁸⁸ RUFNER, "Grundrechtskonflikte", 469.

²⁶⁸⁹ *Ibid.* FAYM'ye göre "küçük suçlar veya gençlik tarafından işlenen suçlarla ilgili haber verilirken adın söylenmesinden, resmin verilmesinden ya da diğer failin kimliğini belirtecek hareketlerden kaçınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu tür olaylarda haber verilebilir, fakat kişiliğe zarar verilmesi hukuka aykırıdır." BVerfGE 35, 202, 232'den görüş belirten Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126.

²⁶⁹⁰ RUFNER, "Grundrechtskonflikte", 469-70.

²⁶⁹¹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126.

²⁶⁹² Heissl, "Human Right Collisions", 39.

açıklamalara bakıldığında, kaçınma ilkesinin pratik uyuşuma nazaran daha ideal olduğu söylenebilir.

Yine Kanadoğlu'nun açıklamasına dönersek; yazar ilkenin somut olayda haklardan birinin diğerine nazaran daha fazla ağırlık tanınmasıyla uygulanabileceğini belirtir. Ağırlığı daha fazla olan hak uygulama önceliği kazanacaktır²⁶⁹³. Hubmann ise ilkeyi, çıkarlardan birinin veya diğerinin baskınlığının belirlenmesinden vazgeçilmesi ve tartımın gerekmediği durum olarak ifade eder²⁶⁹⁴. Nitekim yazar, *Mephisto* kararının, özünde, sanat özgürlüğünün mü yoksa kişisel hakların korunmasının mı üstün geldiği sorusuna dair olmadığını özellikle belirtir²⁶⁹⁵.

Heissl'a göre, Céline Martin'in anayasal hakların çatışması bağlamında, erken bir çözümü gerektiren “tercih edilmiş çatışma çözümü” (*Vorgezogene Kollisionslösung*)²⁶⁹⁶, *inter alia*, kaçınma ilkesi ile karşılaştırılabilir²⁶⁹⁷. Martin'in “tercih edilmiş çatışma çözümü”, temel haklara ilişkin dava öncesi duruma ilişkin olmakla beraber, özellikle hakların *usule* ilişkin korunmasına ve usuli yükümlülükler yoluyla çatışmaların önlenmesine dairdir. Burada en baştan, ilgililer arasındaki iletişim yoluyla anayasal hakların çatışması önlenmek istenir. Bu nedenle de bir çatışma meydana gelmeden önce, çatışan temel haklar dengelenmiş olabilir²⁶⁹⁸. Burada amaçlanan, ilgili anayasal hak sahiplerinin usul yükümlülüklerini yerine getirmesini ve temel hakların kullanılmasından önce belirli resmi veya adli yükümlülüklere uymasını, belli tedbirler almasını ve adımlar atmasını gerektiren, çatışmayı önleyen bir temel haklar ön prosedürüdür²⁶⁹⁹. Bunları yerine getirmeyen hak sahibinin hakkı ise geri çekilmek zorundadır²⁷⁰⁰.

²⁶⁹³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126.

²⁶⁹⁴ Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 151.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*

²⁶⁹⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 190.

²⁶⁹⁷ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 52.

²⁶⁹⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 190.

²⁶⁹⁹ *Ibid.*

²⁷⁰⁰ *Ibid.*, 191. Céline Martin'in FYİM kararından (BVerwGE 105, 73) verdiği örneği aktararak, ne demek istediğini ortaya koyalım. Karara konu olay, biyoloji eğitiminin görüldüğü üniversitede, öğrencinin hayvan deneylerine karşı olması olup vicdani özgürlüğüne dayanması ve bu özgürlüğün, hocanın öğretim özgürlüğü ile çatışması üzerinedir. Bu konuyu çözmeye dair bir yasal düzenleme ise yoktur. Çatışmayı çözmek için mahkeme, bir ön yasal işlem başlatır ve üniversite profesörünün bir “değerlendirme imtiyazı”na sahip olduğunu varsayar. Mahkeme vicdani alternatiflerin olduğunu, bunların neler olduğunu, bunların nerede ele alındığını ve nasıl başarılı bir şekilde kullanılabileceğini öğrenciye dayatır. Önce öğrenci ispat yükümlülüğü altındadır. Öğretmenin kendisi daha sonra aksini açıklamak zorundadır. Öğrenci, ispat yükünün hakkını vermediği ve böylelikle usule ilişkin

Heissl, Martin'in kaçınma ilkesi ile "tercih edilmiş çatışma çözümü" arasında bağlantı kurarken, Martin'in açıklamalarına değinir. Buna göre, yasa koyucuya daha geniş veya dar bir takdir alanı verilebilir²⁷⁰¹. Yasa koyucu bireyselleştirilmiş üstünlük kararları da verebilir veya en azından bu yönde etki yaratacak referanslar öngörebilir ki bu yasa koyucu tarafından ölçülülük ilkesinin dikkate alınması ile önden belirlenebilir. Bu da ya düzenleyici yetkilerin devredilmesi veya da açık ve belirsiz normlaştırma ile olur²⁷⁰². Bizce bu açıklamalar "tercih edilmiş çatışma çözümü" önerisinden farklı bir hususa; soyut tartıma karşılık gelir ki bu noktada, kaçınma ilkesi ile bağlantı kurulmaktadır.

Kaçınma ilkesi, esasen FAYM'nin uyguladığı soyut-somut tartımın (*Prinzip der abstrakt-konkreten Abwägung*) sonucunu şeffaf ve öngörülebilir kılmak için uyguladığı kriterlerden biri olarak değerlendirilir²⁷⁰³. Şöyle ki çatışma çözümü için soyut-somut tartım ilkesinden yola çıkıldığında, ilk aşama olarak, buradaki soyut aşamaya karşılık gelen anayasal hakların koruma alanları, kesin olarak belirlenir ve böylece görünüşte olduğu iddia edilen çatışmalar elenir. Heissl buna, aşağıda ayrıntılarını ele alacağımız *Sprayer* kararında, sanat özgürlüğünün yabancı mülkiyetine zarar verecek keyfi kullanımına kadar yayılamayacağına karar verilmesini örnek gösterir²⁷⁰⁴. Heissl'a göre bu aşama, sonucunda anayasal hak çatışmasının olmadığı kaçınma ilkesi ile karşılaştırılabilir²⁷⁰⁵. Dolayısıyla buradaki mesele aslında *belirli bir davranış yolunun* anayasal korumadan hiç yararlanamamasıyla gerekçelendirilir²⁷⁰⁶.

Ancak bizce anayasal hakkın kapsamından ötürü belirli bir davranışın hakkın korumasından yararlanamaması ile anayasa altı bir düzenleme ile belirli bir davranışın koruma alanından çıkarılması farklılık gösterir. Kanaatimizce, bu nedenle Heissl'ın aktardığı bağlantılarda sorunlar vardır. Biz bu konuyu, dar kapsam teorisi yönündeki kararları ele alırken açıkladık. Öncelikle çalışmanın devamında *Sprayer von Zürich*

yükümlülüklerini yerine getirmede için, Federal Yüksek İdare Mahkemesi, ilgili özel menfaatleri tartmaktan kaçınmış ve üniversite öğretim üyesinin öğretim özgürlüğüne öncelik vermiştir. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 191.

²⁷⁰¹ *Ibid.*, 212.

²⁷⁰² *Ibid.*, 215, ayrıca *ibid.*, 220; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 52.

²⁷⁰³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 125; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 53.

²⁷⁰⁴ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 53.

²⁷⁰⁵ *Ibid.*

²⁷⁰⁶ *Ibid.*, 52.

kararında göreceğimiz üzere bir hakkın başka bir hakkı zedeleyecek şekildeki bir uygulamaya kadar uzanmadığı kabul ediliyorsa, yani hakkın kapsamı çiziliyorsa bir çatışmanın varlığı kabul edilmeyecektir. Dar kapsam teorisiyle bağlantılı olarak ele alacağız dediğimiz husus budur. Burada bir çatışmadan mı kaçınılmıştır? Burada en arka plana bakıldığında dar kapsam teorisinin çatışmalardan kaçınmak için benimsendiği düşünülebilir. Netice itibarıyla söz konusu olan, hakkın kapsamını ortaya koymak olduğu için çatışmadan kaçınmak için alternatif yollar aramaktan öte bir çatışmanın ortaya çıkmadığının tespit edilmesidir.

Heissl AİHS'in 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendini örnek olarak verir²⁷⁰⁷. Buna göre, “bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması” sonucunda ölüm meydana gelmesi, yaşam hakkının ihlalini oluşturmaz. Bu madde ile ilgili hak korumasından yararlanması mümkün değildir, zira hakkın kapsamı oraya kadar uzanmaz. Bu anlamda Sözleşme kurucusunun (veya benzer durumlarda anayasa koyucunun) bazı unsurları hakkın kapsamı dışında tutmasıyla çatışmadan kaçınıldığı iddia edilebilir. Ancak bizim anayasal hakların çatışma çözümüne veya önlenmesine dair ilgilendiğimiz esas husus, anayasa altı düzeydeki çözümlerdir. Anayasal seviyeyi ilgilendiren kısmı, anayasal sınırlarda yeterince aydınlattığımızı düşünüyoruz: Anayasal sınırın ötesinde iddia edilen kullanım yani davranış esasen hakkın kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla o hak yoktur. Geriye diğer hak kaldığı için ortada çatışma kalmamaktadır.

Bazen anayasal hakkın kapsamını belirlemek bu kadar kolay değildir. Yeniden *Mephisto* örneğine dönersek, kişinin gerçek yaşantısının kullanılmasının sanat özgürlüğü içerisinde değerlendirilemeyeceği yönünde bir kanaat, esasen hakkın kapsamının belirlenmesidir. Bunun *Sprayer von Zürich* kararından farkı, Mahkemenin bu kapsam sınırını bir inceleme sonucunda tespit etmesidir. Dolayısıyla Mahkeme önüne gelen başvuruyu kabul edip bir inceleme yapmaktadır. Hatta hatırlarsak, ilke ve kural ayrımını tartışırken, *Mephisto* kararı ile aynı düzlemde verilen bir karar olarak öne sürülen *Lebach* kararında karar verme sürecine giden yolu ortaya koymuştuk. Öyleyse bu örneklerde *iddia edilen kullanımın, yani davranışın, hakkın kapsamına girmediği tespit edilir.*

²⁷⁰⁷ Heissl, “Human Right Collisions”, 39.

Dolayısıyla o hak yoktur. Geriye diğer hak kaldığı için ortada çatışma kalmamaktadır. Zaten bu durumlarda da mevcudiyeti kabul edilen hakkın ihlal edildiği kabul edilir.

Hubmann'a göre *Mephisto* kararındaki gibi durumlar, hakimin tam anlamıyla bir tartım yapmasının gerekmediği durumlar olarak kabul edilir. Nitekim durumun bir çatışmayı çözmek için bir alternatifi açık bırakıp bırakmadığının, her zaman önce kontrol edilmesini gerektirip gerektirmediği net değildir²⁷⁰⁸. Ne var ki bahsettiğimiz karışıklığı biraz daha arttıran bir unsur olarak belirtelim ki *Mephisto* kararı gibi kaçınma ilkesinin uygulanmasına örnek olarak verilen *Lebach* kararında bir tartımın yapılmadığı iddia edilemez. Aksine *Lebach* kararında bir tartım yapılmıştır²⁷⁰⁹.

Koruma alanlarının yasa koyucu tarafından çizilmesi hususuna gelirsek; Heissl çatışmadan kaçınmanın yasa koyucu tarafından hakların korumasının kapsamı belirlenerek gerçekleştirilebileceğini belirtir²⁷¹⁰. Soyut tartım dediğimiz koruma alanlarının belirlenmesi, bizce anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* olmalarının sonucunda yasa koyucunun esasen öngörebildiği çatışmaları önceden önlemek amacıyla düzenlemeler yapmasıdır. Kaçınma ilkesiyle kastedilen bu da değildir. Aksine gerek pratik uyuşumda gerekse de kaçınma ilkesinde somut durum dikkate alınır. Soyut tartımda ise belli bir davranış anayasal hakkın korumasından yararlanmaz. Yasa koyucunun getirdiği bir kısıtlama yani norm alanının daraltılması söz konusudur. Böylece çatışmanın ortaya çıkacağı zemin ortadan kaldırılmış olur. Burada Heissl'in, kaçınma ilkesinin pratik uyuşumdan farkı olarak ortaya koyduğu, her iki hakkın tamamen gerçekleştirildiği iddiasının ileri sürülebileceğini düşünmüyoruz. Aksine *kapsam olarak çatışan iki anayasal hak vardır. Ancak hak çatışması yasa koyucu tarafından öngörülmüş ve anayasa altı düzeyde koruma alanları belirlenerek önlenmiştir.*

Alternatif yol olarak, örneğin iki gösteri yürüyüşünün farklı yerlerde ve zamanlara denk getirilmesi ise gerçekten bizim anladığımız anlamda bir çatışmadan kaçınma anlamına gelir. Burada hala iki hakkın gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. İki farklı anayasal hak vardır. Hayatın sunduğu alternatifler değerlendirilerek, hakların birbirine çarpışmadan kullanılması yasa altı seviyede ve olaya özgü olarak sağlanmaktadır.

²⁷⁰⁸ Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 152.

²⁷⁰⁹ Bkz. Kommers, "Germany: Balancing Rights and Duties", 182.

²⁷¹⁰ Heissl, "Human Right Collisions", 39.

Böylece iki anayasal hak da gerçekleştirilmektedir. Bu ise bir ya da her iki tarafa da belli bir yönde davranma yükümlülüğü yüklenerek sağlanır. Daha doğrusu, hakkın yükümlüsü olan Devlet buna göre bir düzenleme yapar.

Öte yandan kabul etmeliyiz ki Heissl’ın Noel pazarları önündeki toplantı özgürlüklerinin çatışmasına dair kaçınma ilkesinin uygulanması olarak verdiği örnek, *Öllinger v. Avusturya* kararına dair De Schutter ile Tulkens’in arka plan koşullarının dönüştürülerek çatışmanın önlenmesine dair yaptığı açıklamalarla aynı zemine denk düşer. De Schutter ve Tulkens, pratik uyuşumun daha iyi işlemesi amacıyla, doğası gereği prosedürel ve kurumsal (yapılandırmacı) olarak niteledikleri bir öneri altında farklı unsurların aranmasını talep ederler²⁷¹¹. Burada hedef, yukarıda da belirttiğimiz gibi çatışmadan tamamen kaçınmak da olabilir. Bu önerilerden biri de yine yukarıda değindiğimiz çatışmanın arka plan koşullarını dönüştürmektir. Bu unsurla beraber, birçok durumda haklar arasındaki çatışmanın kaynağının, çatışmayı yaratan belirli arka plan koşullarının varlığından kaynaklandığı gerçeğinin hesaba katılması amaçlanır²⁷¹².

Bu bağlamda AİHM’nin (biz bunu Anayasa Mahkemesi olarak da düşünebiliriz) rolü iki yönlüdür: İlk olarak devlet makamlarının, *Öllinger* kararında olduğu gibi, herhangi bir hak diğerine feda edilmek zorunda kalmadan çatışan tüm hakların kullanılabilmesini sağlamak amacıyla, haklar çatışmasını “kaçınılmaz” kılan arka plan koşulları oluşturulmasında ve sürdürülmesinde sorumluluklarını belirleyecektir. İkinci olarak, belirli çerçevenin çatışan haklar arasındaki “pratik uyuşumun” etkili olmasına izin verdiği kanıtlandığında, gelecekte taraf devletlere rehberlik etmeye hizmet edebilecek kuralları aşamalı olarak formüle edecektir²⁷¹³.

Hangi arka plan koşullarının haklar arasındaki çatışmayı açıklayabileceği ve bunun ne anlama geleceğini tanımlamak için, bu koşulları değiştirmek için, şu anda ortaya çıkan çatışma durumunu karşılaştırmak çok önemli olabilir. Bu tür karşılaştırmalar, uygun olanı yaparak haklar arasındaki çatışmayı azaltmak, hatta tamamen ortadan kaldırmak için bu çatışan hakların birbirleriyle uzlaştırılmasına izin verecek kurumsal değişikliklerin, hangi koşulların yaratılabileceğini belirlemede işlevsel olabilir²⁷¹⁴. Biz bu açıklamaları da dikkate alarak somut olay bağlamında kaçınma ilkesinin

²⁷¹¹ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 26 vd.

²⁷¹² *Ibid.*, 26.

²⁷¹³ *Ibid.*, 26-27.

²⁷¹⁴ *Ibid.*, 27.

uygulanmasını, pratik uyuşum ilkesinin bir uygulaması olarak görmekten yanayız. Nitekim Rüfner de *Mephisto* ve *Lebach* kararlarına pratik uyuşum başlığı altında yer vermektedir. Öte yandan tartişmamızın başlangıç noktasına dönersek; bu kararlarda pratik uyuşumun ne kadar sağlandığı ise ayrıca tartişmalı bir konudur.

Yukarıdaki açıklamalarımıza bakarsak ‘‘pratik uyuşum ilkesi’’nin –aksi yönde veya farklılıkları vurgulanarak da olsa- ‘‘tartım’’ ve ‘‘dengeleme’’den izole edilemeyen bir şekilde açıklandığı görülür. Bu nedenle çalışmamızın devamını pratik uyuşum ilkesinin, dengeleme ile ilişkisinin genel bir değerlendirmesini yapmaya ayıracağız.

5. Pratik Uyuşum İlkesinin Dengeleme ile İlişki Çerçevesinde Genel Bir Değerlendirmesi

Yukarıda pratik uyuşum ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiyi ele alırken, ölçülülük ilkesi ile dengeleme ilkesinin ve tartımın i içe geçtiğini ve bu bağlamda pratik uyuşum ilkesinin bunlar karşısında nerede konumlandığının önemli olduğunu vurgulamıştık. Bunun için ölçülülük ile dengeleme arasındaki ilişkiye de bakmak gerektiğini ifade etmiştik. Çalışmamızda, henüz dengeleme yöntemine ayrı bir başlık amasak da birçok yerde çatışan hakların ‘‘dengelenmesi’’nden bahsettik. Nitekim ‘‘dar anlamda orantılılık ilkesi’’ ile ‘‘dengeleme’’nin eş olduğu dikkate alındıđında²⁷¹⁵, pratik uyuşum ilkesi ile dengeleme arasındaki bağlantıya dair  n bilgiyi verdiğimizi de ileri sürebiliriz. Bu başlık altında, pratik uyuşum ile anayasal çıkarların dengelenmesine, yani tartım arasındaki ayrıma biraz daha yakından bakacağız. Böylelikle pratik uyuşum ilkesinin genel bir değerlendirmesini yapma imkanını da bulacağız.

Öncelikle, pratik uyuşum yoluyla optimizasyon ile dengeleme arasındaki ilişkiye dair  ne sürülen, ‘‘dengeleme’’nin, daha geniş olan pratik uyuşum kavramının bir parçası olduğu görüşüyle başlayalım. Ancak esas durumu tersine gösteren bu görüş reddedilmelidir²⁷¹⁶. Aşağıda açıklayacağımız üzere pratik uyuşum, daha ziyade, çatışan anayasal değerlerin tartılmasının söz konusu olduğu durumlarda, kapsayıcı değerlendirmeye eklemlenmiş özel bir yöntem olarak karşımıza ıkar²⁷¹⁷.

²⁷¹⁵ Bkz. Barak, *Proportionality*, 340.

²⁷¹⁶ Schladebach, ‘‘Praktische Konkordanz’’, 271-272.

²⁷¹⁷ *Ibid.*, 272. Başka herhangi bir sistematik konumlandırma, pratik uyuşumun rolünü abartmak anlamına gelir. *Ibid.*, 271-272.

Pratik uyuşum ile dengeleme arasındaki ilişkiye dair baskın görüş, pratik uyuşumun, dengelemenin bir aşaması olarak kabul edilmesidir²⁷¹⁸. Örneğin Hazar’a göre pratik uyuşum ile dengeleme yöntemindeki tartım arasında bir fark yoktur. Yazara göre, dengeleme yönteminde olayın somut ve değişken koşulları dikkate alınarak, bu iki hakkın tartımı yapılır ve hangisinin bir diğerine üstün geleceğine karar verilir. Bu süreç yürütülürken ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan en az zarar veren araç uygulanır, yani gereklilik ilkesine uyulur. Ölçülülük ilkesinin üçüncü aşamasındaki inceleme ise birinci ve ikinci aşamadan ayrı tutulamaz. Öyleyse gereklilik ilkesinin gereği olan en uygun aracın pratik uyuşum için kullanılan karşılıklı ve en az zarar koşulundan farkı yoktur²⁷¹⁹.

Hazar’ın belirttiğinin aksine, hak çatışmalarını gereklilik testi (*necessity test*) ile çözmek sorunlu olabilir. Çünkü bu test, yapısı gereği hakkın kural ve hakkı engelleyen ölçünün istisna olduğu fikrinden yola çıktığı için her iki hakkın da birbirine karşı etkili bir şekilde dengelenmesini sağlamaktan ziyade, bir hakkın diğer hak(lar)dan öncelikli olarak tanınmasıyla sonuçlanır²⁷²⁰. Bu iddia özellikle AİHM nezdinde savunulabilir, çünkü AİHM’ye bireysel başvuru mekanizmasında, sadece bir hak başvuru tarafından Mahkeme huzurunda ileri sürüldüğü için, çatışan hakkı, ihlal teşkil ettiği iddia edilen tedbire dayanarak savunmak hükümete kalır²⁷²¹. Brems’in belirttiği gibi

“Her iki insan hakkı da eşit derecede temel ve *a priori* eşit ağırlık taşımasına rağmen, hakim önüne eşit şekilde gelmezler. Başvurucunun ileri sürdüğü hak en

²⁷¹⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224-232; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 111; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 338-342. “Hesse’nin ‘pratik uyuşum’ ile ölçülülük ilkesinin son aşamasında çatışan haklar arasında dengeleme yapılırken takip edilmesi gereken ilke ve yöntemleri kastettiğini söyleyebiliriz.” Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 341. Esasen Köküsarı çalışmasının bu kısmında “pratik uyuşum”dan ziyade, “uzlaştırma”yı (*reconciliation/ compromising*) ele almaktadır. Bununla beraber yazara göre “uzlaştırma”, “pratik uyuşum” ve “optimizasyon” ilkelerinin işlevleri benzerdir. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 340. Pratik uyuşumun “uzlaştırma”ya (*reconciliation*) karşılık geldiğini söylemekte bir yanlışlık yoktur. Bkz. Brems, “Conflicting Human Rights”, 303.

²⁷¹⁹ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 113. Gerçi Köküsarı’nın “daha az sınırlandırıcı alternatif aracın bulunması, normalde ‘gereklilik’ kriterini ilgilendirmektedir” ifadesi (Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 339 (dp. 770)) de Hazar’ı teyit ediyor görünse de, burada Köküsarı’nın dikkat çektiği ve Barak’ın eserinde yer verdiği ilginç bir noktaya değinmek istiyoruz. Buna göre İsrail Yüksek Mahkemesi, *Batı Şeria* kararında, “amacı aynı oranda gerçekleştirmediği için” “gereklilik” testinden geçemeyen “daha az sınırlandırıcı araç”ın kullanılmasını, dengeleme aşamasında çatışan menfaatler arasında denklik sağlamak amacıyla kabul etmiştir. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 339 (dp. 770). İlgili yer Barak, *Proportionality*, 341, 353. İlgili karar: HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel* [2004] IsrSC 58(5) 807.

²⁷²⁰ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 16; Brems, “Conflicting Human Rights”, 305.

²⁷²¹ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 16.

çok dikkati çekmektedir, çünkü hâkim tarafından cevaplanması gereken soru, bu hakkın ihlal edilip edilmediğidir”²⁷²².

İşte bu nedenle asıl zorluk, “gereklilik testi” ile iki hakkı birbirine karşı “dengelemeye” odaklanan yaklaşım arasında bir tercihin yapılacağı noktada yer alır. Devlet tarafından ileri sürülen menfaat başkalarının haklarının korunması olduğunda, devletin sınırlamaya çalıştığı bireysel hak sahibinin talebinin zarar görme riskini ortadan kaldırmak için ikinci yaklaşımın tercih edilmesi gerekir²⁷²³.

Bizce aynı durum, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru mekanizması için de geçerlidir. Burada da bireysel başvuru bir kamu gücüne karşı yapılır. Aynı zamanda kamu gücünün dayandığı ve arka planda kalan başka bir çatışan hakkın varlığı iddiası da vardır. Bu nedenle, aynı farklılığın anayasal hakların çatışması için de ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz. Kaldı ki Hazar, bizim de aşağıda açıklayacağımız gibi, her durumda çatışan haklar arasında bir pratik uyuşumun mümkün olamayacağına dikkat çeker²⁷²⁴. Örneğin *Wegrzynowski ve Smolczewski v. Polonya* kararında AİHM, bir gazetenin ifade özgürlüğü ile bir kişinin saygınlığının korunması arasındaki çatışmada, gerçek dışı haberler için yerel mahkemeye başvuran kişinin başvurusu üzerine yerel mahkemenin aldığı tekzip kararını, Sözleşmeye uygun bulmuştur²⁷²⁵. Böyle bir çözüm –tekzip-saygınlığı zedelenen kişi için az bir fedakarlığa katlanarak bir çözüme ulaşmak demek olsa da gazetede yazının kamuoyunu ilgilendiren bir konuda hiçbir kamu yararının olmaması ve sadece kişiyi aşağılama için yazılması halinde uzlaşma mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir durumda taraflardan biri büyük fedakarlık yapmış olacaktır²⁷²⁶.

Biz bu ifadeden, esasen yazarın da pratik uyuşumu en azından netice olarak dengelemeden farklı bir yerde gördüğünü anlıyoruz. Nitekim yazar, pratik uyuşumun başarısının çoğu zaman bunun gerçekleşmesi imkanına bağlı olduğu ve bu da her zaman mümkün olmadığı için, neticede çoğu zaman çatışmanın bir hakkın diğerini galebe

²⁷²² Brems, “Conflicting Human Rights”, 305.

²⁷²³ S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitations of Rights. The European Convention on Human Rights and the United States Constitution*, Hart Publ., Oxford – Portland, Oregon, 2007 (in press)’den aktaran De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 16.

²⁷²⁴ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 113.

²⁷²⁵ AİHM, *Wegrzynowski and Smolczewski v. Polonya*, B. No. 33846/07, 16.07.2013, para. 126.

²⁷²⁶ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 113.

çalmasıyla sonuçlanacağını belirtir²⁷²⁷. Üstelik sonrasında pratik uyuşumun karşılıklı ve en az fedakarlık üzerine kurulduğu için tek taraflı ve tamamen fedakarlık öngören dengeleme yöntemine nazaran daha optimal bir çözüm yolu olmasına dikkat çeker²⁷²⁸. Öyleyse, dengelemenin ilk aşaması olarak önce pratik uyuşuma başvurulmalıdır²⁷²⁹.

Pratik uyuşum hak çatışmasında tartıma başvurarak hangi hakkın daha ağır geleceğini belirleyen dengeleme yöntemine karşın, haklar arasında uzlaşmayı arayan ve bir hak için diğerini feda etmeyen, her bir hakkın çatışmadan mümkün olan en az hasarla çıkmasını sağlayan alternatif bir yoldur²⁷³⁰. Pratik uyuşum, kural olarak, menfaatlerin önceliğe dayalı bir tartıma dayanarak, hukuki bir menfaatin tek taraflı olarak geri çekilmesini dışlar²⁷³¹. Bu nedenle, yalnızca bir dengeleme eyleminden daha fazlasıdır. Hem süreç hem de sonuç, geleneksel dengelemeye kıyasla kendine has özelliklere sahiptir²⁷³². De Schutter ve Tulkens, pratik uyuşumun, dengeleme metaforuna nazaran bir ilerlemeyi temsil ettiği kanaatindedirler. Bu, göz ardı edilmemesi gereken bir başarıdır²⁷³³.

Pratik uyuşumun, dengelemeye nazaran usule ilişkin, esasa ilişkin ve dogmatik avantajları olduğu iddia edilir²⁷³⁴. Aşağıda bu avantajları teker teker ele alacağız.

Pratik uyuşumun *içeriksel avantajı*, ilkenin anayasanın bütünlüğü ilkesi tarafından şekillenmesinde yatar. Sonuç, temel hakları sınırlamak için başvurulabilecek tüm anayasal menfaatlerin her durumda potansiyel olarak bu sürece dahil edilmesidir. Bu şekilde nitelenen anayasal değerlerin bütünü, pratik uyumun tesisi için açık ve aynı zamanda sınırlayıcı bir işlevi olan bir menfaat haznesi (*Güterreservoir*) haline gelir²⁷³⁵. Bu şekilde belirlenen menfaat haznesi, optimizasyona yönelik esnek bir dengelemeyi mümkün kılma avantajına sahiptir²⁷³⁶. Böylece söz gelimi, din özgürlüğü ile ifade

²⁷²⁷ Brems, “Conflicting Human Rights”, 303; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 114.

²⁷²⁸ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 114.

²⁷²⁹ David Kosar, “Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic”, içinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems (Antwerpen: Intersentia, 2008), 372. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689259.

²⁷³⁰ *Ibid.*, 360.

²⁷³¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 131.

²⁷³² Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 271.

²⁷³³ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 25.

²⁷³⁴ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 278.

²⁷³⁵ *Ibid.*

²⁷³⁶ *Ibid.*, 278-279.

özgürlüğü arasındaki gibi klasik çatışma durumları da, sanat özgürlüğü ile çevre koruması arasındaki gibi daha olağan dışı çatışmalar da pratik uyumla çözülebilir²⁷³⁷. Sanat özgürlüğü ile çevrenin korunması arasındaki çatışma, esasen geniş anlamda çatışmaya örnektir ve biz çatışmanın bir tarafında hukuki değerlerin olduğu ve hakkın bununla tartışılarak kendinden bir şeyler kaybetmesinin riskine- geniş anlamda çatışmayı konumuzdan dışladığımızı dikkate alarak değinmiştik. Burada yeniden bir şerh düşmüş olalım. Ancak menfaat deposuyla vurgulanmak istenen avantaj tam da budur. Her hâlükârda anayasal statüde olan değerlerin de dahil olduğu bir çatışmada dahi pratik uyuma başvurarak çatışmayı çözebilmek.

Sınırlama kayıtlarının yokluğunda bir yorumlama aracı olarak ortaya çıkan bu ilke tüm anayasal hak ve değerleri, eşit geçerlik ve seviyede değerlendirip “pratik” olana odaklanarak, çatışan temel hakları, yalnızca incelenen davanın özel koşulları bağlamında –olay temelli- ele alır²⁷³⁸. Bu cümlede ifade edilen iki önemli avantajdan bahsedilir. Birincisi “olay temelli” olma hususudur. Winkler, bireysel davanın etkilerine karşı bu açıklığın, anayasanın büyük ölçüde kesin bir çatışma çözümünden ve dolayısıyla telafisi mümkün olmayan geçerlilik iddialarından vazgeçmesinin bir işareti olarak görür²⁷³⁹. “Anayasanın değişen toplumsal gerilimlere ve çatışmalara uyum sağlamasına, bunları yerel ölçekte çözmesine ve yine de katılmış bir önyargılar kabuğu altında kalıcı olarak donmak yerine, büyük ölçekte gelişmeye muktedir kalmasına olanak sağlayan şey, tam da onun açık karakteridir. Böylece oldukça karmaşık bir toplumda, anayasa hukukunun sınırlı kontrol yeteneğinden bu sonuç çıkar”²⁷⁴⁰.

İkinci önemli avantaj olarak çeşitli içkinlik doktrinlerinin aksine bu teori (çatışmadan doğan sınırlılık görüşü), Anayasanın üstünlüğünün hakkını veren ve Alman Anayasasının 1’inci maddesinin 3’üncü²⁷⁴¹ fıkrasının bağlayıcı etkisini gözetken tek yaklaşım olarak görülmektedir²⁷⁴². Ayrıca, tüm sınırlama sorunu için yapısal olarak tek

²⁷³⁷ *Ibid.*, 279.

²⁷³⁸ *Ibid.*, 278; Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 281, 296.

²⁷³⁹ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 343.

²⁷⁴⁰ *Ibid.*, 344.

²⁷⁴¹ GG m. 1/3: “Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.”

²⁷⁴² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 110. Benzer yönde Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 136: “... sınırlama kaydı içermeksizin garanti altına alınan temel haklar, anayasa ile meşrulaştırılmayan ve belirsiz tanımlanan içkin sınırlarla bağlı tutulmamış, sınırlamaların doğrudan Anayasadan elde edilmesine çalışılmıştır.”

tip bir çözüm bulma ve her türden temel hak güvencelerine ilişkin sınırlamaları haklı çıkarma olanağı sunan modelin, kapsamlı uygulamasıyla *metodolojik bir avantaj* yatar²⁷⁴³. Bu özellik ve kayıtsız temel hakların sınırlamalarının işlevselleştirilebileceği yardımıyla metodolojik bir yaklaşım sağlaması, pratik uyuşumun *usule ilişkin sahip olduğu avantajdır*. Özellikle de optimizasyona yönelik yapılan bir tartımdaki kriterlere, karar verme sürecinin izlenebilirliğini artıran net sınırlar eklenince bu avantaj artar. Bu anlamda pratik uyuşum prosedürü, optimal menfaat dengesine odaklanıldığı sürece denge, değerlendirme ve optimizasyon kriterlerine dayanır²⁷⁴⁴.

Usul yönü ile ilgili olarak, pratik uyuşum, normal tartımdan farklıdır. Hesse'ye göre, meydana gelen çatışmalarda, aceleyle “çıkarların tartılması” veya soyut “değerlerin tartılması” yoluyla, haklardan birinin, diğerinin pahasına gerçekleştirilmemesi gerektiğini belirtmiştik²⁷⁴⁵. Pratik uyuşumun bu yönü, onu özel kılar²⁷⁴⁶. Her şeyden önce çatışmadaki hiçbir hukuki değer göz ardı edilemez²⁷⁴⁷. “Anayasanın bütünlüğü” ilkesinin her durumda akılda tutulması gerekliliği üzerine kurulan bir yorum aracı olarak bu ilkeye göre, anayasal haklardan hiçbiri tanım gereği diğerinden üstün değildir²⁷⁴⁸. Temel hak çatışmalarını çözmek için mümkün olan her durumda, bir haktan tamamen vazgeçmeden tüm çatışan değerler, çıkarlar ve bireysel davanın tüm koşulları dikkate alınarak - optimal etkinlik ve orantılı, yani yumuşak bir denge amaçlanır²⁷⁴⁹.

Pratik uyuşumda amaç, bir temel hakkın gerçekleştirilmesi ile diğerinin zedelenmesi arasında uygun bir ilişki kurmaktır. Temel hakların çatışmasında yer alan hukuki menfaatler, mümkün olan en büyük özenle, uzlaşmacı bir şekilde her iki tarafta birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir²⁷⁵⁰. Yapılacak tartım ikili bir optimizasyon görevine

²⁷⁴³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 110-111.

²⁷⁴⁴ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 278.

²⁷⁴⁵ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Aynı yönde Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225.

²⁷⁴⁶ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 343.

²⁷⁴⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225.

²⁷⁴⁸ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 281. Aynı yönde Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 462. Rübner'e göre bu durum, yalnızca istisnai durumlarda bireysel normlar arasında sıra farklılıklarına izin verir. *Ibid.*

²⁷⁴⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 131.

²⁷⁵⁰ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 471; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 343; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 226. Örneğin FAYM'nin görece çok yeni (karar tarihi 11.4.2018) *Stadionverbote* (Stadyum Yasağı) kararındaki ifadesine bakalım: “Birinin özgürlüğü, başka birinin özgürlüğü ile bağdaştırılmak zorundadır. Bu amaç için çatışan temel hakların konularının birbiriyle nasıl etkileşimde olduğuna bakarak belirlenmeli ve ilgili tüm tarafların temel

tabidir: Her iki değer için de sınırlar çizilmelidir, böylece her ikisi de optimum düzeyde etkili olabilir²⁷⁵¹. Oysa menfaatlerin tartılması sırasında, bir hukuki menfaat, tipik olarak, birinci hukuki menfaatin, ikinci menfaat tarafından sınırlandırılma derecesi belirlenecek şekilde, başka bir hukuki menfaate göre belirlenir. Bu nedenle tek yönlü bir inceleme perspektifi söz konusudur. Buradaki soru, söz konusu temel hakkın, yani incelemenin odak noktasını oluşturan temel hakkın sınırlandırılmasının uygun olup olmadığı, yani kısıtlamanın kabul edilebilir bir düzeyde olup olmadığıdır²⁷⁵². Pratik uyuşumda ise tek taraflı bir ön nitelendirme değil, bireysel vakanın koşullarına göre seyreden karşılıklı bir yaklaşım sergilenir²⁷⁵³. Dolayısıyla bir hakkın diğerine karşı dengelenmesi, diğerinin üzerinde en yüksek “değere” veya en önemli “ağırlığa” sahip olan hakkın tercih edilmesine yol açarken, “pratik uyuşum” ilkesi bunun arzu edilen bir sonuç olabileceği fikrini reddeder. Bir davanın özel koşullarında, çatışan bir iddianın daha fazla ağırlığı hak ettiği görülüyor diye, diğer iddianın bir kenara bırakılmasının özünde doğru olmadığı düşüncesinde ısrar eder²⁷⁵⁴. Bu nedenle, pratik uyuşum, konu ve amaca dayalı yorumlayıcı bir araçtır, telos'a dayalı bir metodolojidir²⁷⁵⁵.

Sonuç olarak, pratik uyuşum, temel haklara ağırlık vermez, yalnızca Anayasa'da yer alan kriterlere atıfta bulunur²⁷⁵⁶. Bu nedenle de çatışma çözümü için başvuru yapılan tartımın başlangıç noktası, bir temel hakkın tamamen ortadan kaldırılması değil, çatışan temel haklar arasında bir denge bulma çabası olmalıdır. Öyle ki hiçbir temel hak etkinliğinden tamamen yoksun kalmamasın. Dolayısıyla pratik uyuşumla amaçlanan optimizasyon, çatışmayı önleme, yani çarpışmadan kaçınma veya çatışmayı azaltma bağlamında işe yarar²⁷⁵⁷.

hakları, bunlara olabildiğince en geniş etkiyi kazandıracak şekilde pratik uyuşum ilkesine uygun olarak dengelenmelidir.” BVerfG, 11.04.2018 - 1 BvR 3080/09 -, Rn. 1-58, para. 32. http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009.html (erişim tarihi: 13.04.2022).

²⁷⁵¹ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 271.

²⁷⁵² *Ibid.*

²⁷⁵³ *Ibid.*

²⁷⁵⁴ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 25.

²⁷⁵⁵ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 281.

²⁷⁵⁶ *Ibid.*

²⁷⁵⁷ Heissl, “Human Right Collisions”, 38. Ancak Winkler'a göre pratik uyuşum, çatışma durumlarından kaçınmak için bir norm yorumlama ilkesi olarak değil de, bireysel durumlarda farklı anayasal güvence normlarının “orantılı tahsisi” yoluyla verilen çatışma karar metodudur. Bir başka deyişle, pratik uyuşumun olduğu yerde, çatışmadan kaçınma değil, çatışma vardır. Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 343. Winkler, benzer yönde olarak atıf yaptığı Lerche, aşırılık yasağının, yasama organının bağımsız bir karar verme alanını daraltmasına izin vermeden, her iki

Pratik uyuşum ilkesi, tartım süreci ve tartım sonucu ile ilgili olarak bu dengelemeyi, yalnızca uygun değil, aynı zamanda çelişen konumların optimize edilmiş bir dengesini de zorunlu kılar. Pratik uyuşum bu nedenle ölçülülük ilkesinin bir alt birimi, yani uygunluğun bir özelliğidir, bu nedenle iki ilke arasında dışlayıcı değil bütünleştirici bir ilişki vardır²⁷⁵⁸. Pratik uyuşum ve dikkatli dengeleme, ölçülülük ilkesi dahilinde, temel haklar çatışmasında yer alan tüm yasal çıkarların daha fazla dikkate alınmasını sağlayan, temel haklar çatışmasının taraflarının her ikisi için de uzlaşmaya dayalı çözümler üretmeye yönelik daha fazla yol gösterici fikir ve yönergelerdir²⁷⁵⁹. Pratik uyuşumun belirlediği dengeleme prosedürü desteği olmaksızın menfaatlerin dengelenmesi, ne bir direktif ne de dayanak içerdiği için anayasanın bütünlüğünün pahasına gerçekleşme riski taşır²⁷⁶⁰.

Yukarıda belirtilen avantajlarından ötürü pratik uyuşum, anayasal hakları içeren çatışma durumlarını çözmek için uzun süredir yerleşik bir anayasal metodolojik araç olarak kabul edilmektedir. Ancak bu kavram, aynı zamanda eleştirilere de uğramaktadır²⁷⁶¹. Pratik uyuşumun temsil ettiği ilerlemeye rağmen, potansiyel olarak eleştirilmeye açık, dengelemenin iki özelliğini taşır. İlk olarak, hakimin dengenin bulunduğu yere ayrıcalıklı bir erişime sahip olduğu fikrini “terazileri tartma” metodolojisiyle paylaşır²⁷⁶²: (Alman hukukunda) pratik uyuşum ilkesi ile çatışan anayasal haklar uyumlaştırılmakta ve birbiri karşısında olan haklardan her biri dengelenip korunmaktadır²⁷⁶³. Nihai aşamada, çatışan hakların, çatışma halindeki iki haktan herhangi biri feda edilmeksizin, mümkün olan en geniş ölçüde uzlaştırılıp uzlaştırılmadığına, hakim karar verecektir²⁷⁶⁴.

Bugün pratik uyuşum, Almanya’da temel haklar arasındaki çatışmanın yönetimi kapsamında dikkate alınan öncelikli kavramdır. Bu kavrama dönük en önemli

taraf için de en yumuşak uzlaşma fikrine hizmet ettiğini belirtir. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 153.

²⁷⁵⁸ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 273.

²⁷⁵⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 226-27.

²⁷⁶⁰ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 28 (para. 72). Ayrıca bkz. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 280. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 225-26.

²⁷⁶¹ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 263, 274.

²⁷⁶² De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 25.

²⁷⁶³ Taunya Lovell Banks, “Balancing Competing Individual Constitutional Rights: Raising Some Questions”, *Law and Rights: Global Perspectives on Constitutionalism and Governance*, ed. Penelope E. Andrews and Susan Bazilli, (Vandeplas Publishing, 2008), 28.

²⁷⁶⁴ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 25.

problemlerden biri, hak çatışmalarına *ad hoc* temelli mi, yoksa tutarlı bir metodoloji ve doktrin olup olmadığıdır²⁷⁶⁵. Dolayısıyla dengeleme ile paralel olarak pratik uyuşuma getirilen eleştirilerden ikincisi ve daha önemlisi, herhangi bir yapılandırmacı boyuttan yoksun olmasıdır. Nasıl ki “dengeleme” süreci, çatışmanın ortaya çıktığı bağlamı dönüştürmenin yollarını arama ihtiyacını içermiyorsa, “pratik uyuşum” fikri, çatışmayı sınırlamak için ve gelecekte tekrarını önlemek yaratıcı çözümler geliştirme ihtiyacını hesaba katmaz²⁷⁶⁶. Bu nedenle de FAYM, çatışan anayasal hakları uyumlaştırıp dengelerken haklar arasında fiili (*de facto*) bir hiyerarşi yaratmakla ve bu nedenle tutarsız ve öngörülemez bir içtihadı sahip olmakla eleştirilir²⁷⁶⁷. Pratik uyuşumun, dengelemenin de sahip olduğunu belirttiğimiz bu iki eleştirisini, dengeleme kısmında ele alıp inceleyeceğiz. Bu nedenle bu eleştirilere verilen yanıtlara burada yer vermeye gerek duymuyoruz.

Her şeyden önce pratik uyuşumla ilgili şu tespitin ortaya konması gerekir: Bir optimizasyon noktasının konumu, çatışma çözümünün bir hukuki değer için avantajlı olduğu ve dolayısıyla zorunlu olarak diğeri için dezavantajlı olduğu gerçeğini değiştirmez. Karşılıklı optimizasyonun bir çıkmaza değil, bir karara yol açması gerekir. Nihai olarak karar vermesi beklenen hakim, bireysel davanın koşullarına göre en uygun çözümü bulmak zorundadır. Bu, kayıpları engellemez, ancak kaybeden taraf için nispeten optimal bir pozisyonu garanti eder²⁷⁶⁸. Dolayısıyla bizce pratik uyuşum ilkesi ile ilgili olarak mutlaka şu soruyu sormak gerekir: Bir hakkın optimizasyon uğruna kısmi olarak gerçekleşmesi, hala bir çatışma çözümü veya hakkın yerine getirilmesi anlamına gelir mi? Örneğin, Zucca taviz vererek bir uzlaşmanın sağlanmasını optimal bir çözüm olarak görmez. Çünkü her iki taraf da hakkından bir şeyler kaybeder. Üstüne üstlük eğer her iki taraf da kendi hakkının tamamen gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünüyorsa, burada bir uzlaşmanın varlığı iddia edilemez²⁷⁶⁹.

Bir hakkın o olaya özgü şartlara uygun olarak optimum seviyede gerçekleşmesi için diğeri hakkın, normal şartlar altında olabileceğinden daha kısıtlı kullanılması bizce de bir “paha”dır. Dolayısıyla çelişkinin çözülmesi zorunlu olarak bir anayasal değerini diğeri

²⁷⁶⁵ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 274.

²⁷⁶⁶ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 25.

²⁷⁶⁷ Banks, “Balancing Competing Individual Constitutional Rights”, 28.

²⁷⁶⁸ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 272.

²⁷⁶⁹ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 17.

pahasına bozulmasına yol açar²⁷⁷⁰. Her iki hakkın aynı anda gerçekleşmesindeki optimum nokta, şüphesiz hakkın tek başına gerçekleşmesindeki optimum nokta ile aynı değildir. Öyleyse hakta bir zarar görme vardır. Sonuç olarak “pratik uyuşum”, diğer tüm yöntemlerin zaten tükendiği bir aşamada, çatışan anayasal hak ve çıkarları yönetmek için, bir araçtır²⁷⁷¹. Bazı çatışmalarda hakların kısmen gerçekleştirilmesi, aslında hakkı zedelemektir. Örneğin, kişinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında bir ünlünün resmi ya yayınlanır ya yayınlanmaz. Bunu anonim yapmak çarpışmanın önlenmesine veya en azından azalmasına yol açar, ancak yayıncının amacı bu değildir; o bunu çok ayrıntılı sunmak istemektedir. Dolayısıyla, uyuşum ilkesi bu şekildeki hak çatışmalarının çözümüne yardımcı olmaz²⁷⁷².

Gerçekten de pratik uyuşumu tartımın aracı olarak değerlendirdiğimizde pratik uyuşum tartımın nihai aşamasını oluşturur ve nihayetinde şartlar iki seçenektir birine zorlar: Pratik uyuşum (uzlaştırma) ya da haklardan birine öncelik verme. Uyuşumun mümkün olduğu yerde, gerçekleştirilmesi gerekir. Hesse'nin geliştirdiği pratik uyuşum ilkesi, Alman hukukunda “denkleştirme ilkesi” (*Ausgleichsprinzip*)²⁷⁷³ olarak da adlandırılan, çatışan değerler arasında bir koruyucu denkleştirmenin, daha kesin belirlenmiş ve daha geniş kabul görmüş hali olarak görülür²⁷⁷⁴. Ancak pratik uyuşum prosedürü, yani nazik bir denkleştirme (*Ausgleich*) her hak çatışması için uygun değildir²⁷⁷⁵. Pek çok durumda bir kişinin hakkı başka bir hak zarar görmeden korunamayacağı ve diğer haktan geriye bir şey veya neredeyse hiçbir şey kalmadığı için

²⁷⁷⁰ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 112-113.

²⁷⁷¹ Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 281.

²⁷⁷² Heissl, “Human Right Collisions”, 38.

²⁷⁷³ Denkleştirme ilkesi (*Ausgleichsprinzip*), FAYM'nin çatışma çözerken dayandığı kriterlerden biridir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 126. Bu ilke çatışan anayasal haklar arasında dengeyi sağlamak için başka kriterlere ihtiyaç duymuştur. *Ibid.*, 127. (Kanadoğlu, “denkleştirme” yerine, “ödünleme” kelimesini kullanmaktadır.) Genel olarak, çatışan temel haklar arasında bir denkleştirme, yalnızca kendi çevresel (marjinal) alanında dokunulan tek bir temel hakkın sahibinin, temel hakların kullanımının belirli yöntemlerinden vazgeçmesini bekleyerek kurulabilir. Bu, temel hakkın doğasında bulunan bazı yetkilerden vazgeçmek anlamına gelir. RUFNER, “Grundrechtskonflikte”, 468. Çevresel alandaki bu tür kayıplar, esas olarak etkilenen temel hakkın orantılı denkleştirme (*Ausgleich*) ilkelerine göre garanti altına alınması adına gerekçelendirilecektir. *Ibid.* Karş. Lepa, “Grundrechtskonflikte”, 167.

²⁷⁷⁴ RUFNER, “Grundrechtskonflikte”, 467; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 127. Bu konuda bazı yazarların görüşleri için bkz. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 47-49

²⁷⁷⁵ Heissl, “Human Right Collisions”, 38; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 131.

uzlaşma sağlanamaz; pratik uyuşum, çatışmanın tatmin edici şekilde çözülmesine yol açamaz²⁷⁷⁶.

Öyleyse her iki hakkın gözetilmesinin mümkün olmadığı bu tür durumlarda, temel haklardan sadece bir tanesine başvurulabilir. Her münferit durumda, hangi temel hakkın koruduğu menfaatinin geri çekileceği ve hangisinin gerçekleştirileceği konusunda bir karar verilmelidir. Bu durum özellikle, çatışmaya dahil olan herkesin temel hakları kullanmasının aynı amaç ile ilgili olduğu veya temel hakların eşzamanlı olarak kullanılmasının olgusal nedenlerle imkansız olduğu durumlar için geçerlidir²⁷⁷⁷. Uzlaştırma, farklı kişilerin aynı cinsten hak ve özgürlükleri arasındaki çatışmanın çözümünde belli bir ölçüde rol oynayabilir. Çünkü bu tür çatışma hallerinde hak ve hürriyetlerin kullanılmasında zaman, yer vb. unsurlarda karşılıklı düzenlemeler yapılarak bir denge sağlanabilir. Ne var ki farklı hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda bu ihtimal azalır²⁷⁷⁸. Bu tür durumlarda çatışmaya aracılık eden devlet organı, kendisini yalnızca bir temel hakkın tercih edileceği bir “ya-ya da” durumunda görür²⁷⁷⁹. Gözler’in ifadesiyle, “açıkçası çoğunlukla çatışma uzlaşmayla değil, Büyük İskender’in Gordion düğümünü kılıçla kesmesi misali, çatışmanın bir yerden ikiye bölünmesi yoluyla çözümlenir”²⁷⁸⁰. Yine de nazik denkleştirme mümkün olmadığı için başvuru son çare olarak temel hakkın geri çekilmesi, en azından, aksi takdirde çatışan temel hakkı korumak için izin verilen, temel olarak gerekli olan tüm sonuçlara varılmayacak ve alınan tüm önlemlere uyulmayacak şekilde gözetilecektir²⁷⁸¹. *Vicdani Ret* kararında FAYM bu içtihadı oturtmuştur:

“Ortaya çıkan çatışmalar, ... ancak kararlaştırılacak belirli bir soru için hangi anayasa hükmünün daha yüksek ağırlığa sahip olduğunu belirleyerek çözülebilir. Daha zayıf norm, ancak mantıksal ve sistematik olarak zorlayıcı görüldüğü sürece geri itilebilir”^{2782, 2783}.

²⁷⁷⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 260. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 232.

²⁷⁷⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 232.

²⁷⁷⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 261.

²⁷⁷⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 232.

²⁷⁸⁰ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 261.

²⁷⁸¹ BVerfGE 32, 98, 106 vd. Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 471.

²⁷⁸² BVerfGE 28, 243 (261).

²⁷⁸³ Bununla beraber bu karar da, Mahkemenin ölçülülük ilkesine yeterince uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nieuwland’a göre, “FAYM olguları, alternatif ve daha az sert önlemlerin odağına gelecek şekilde değerlendirmeliydi. FAYM gerçekleri yeterince aydınlatmamış ve aceleyle öncelikli bir ilişki üstlenerek, anayasal haklara içkin olan sınırların belirlenmesi için değerlerin tartılmasına

Dolayısıyla her durumda pratik uyuşum prosedürünün işleyemeyeceğini, FAYM de bazı kararlarında kabul etmiştir. Örnek olarak, FAYM'nin kürtaj kararları verilebilir. Gebeliğin sonlandırılması, kaçınılmaz olarak, doğmamış yaşamın yok edilmesi anlamına gelir. FAYM'nin kendisi, bir çelişki durumunda, yalnızca hamile kadının kendi kaderini tayin hakkı lehine veya tamamen ceninin yaşam hakkı lehine bir karar verilebileceğini doğru bir şekilde belirtmiştir. Her iki temel hak sahibinin de temel haklar tarafından korunan konumlarını sürdürmelerine olanak tanıyan bir alternatif yoktur²⁷⁸⁴. Ceninin yaşam hakkı, hamile kadının kendi kaderini tayin etme hakkıyla karşılaştırıldığında tartım prosedüründe bir felç yaşanır. Çünkü bu ikisi birbirine fiili sınır çizerler²⁷⁸⁵. Kürtaj, her zaman ceninin yaşam hakkı pahasına olacaktır²⁷⁸⁶.

FAYM, *Gesundbeter* kararında dini nedenlerle hastanede tıbbi olarak gerekli kan naklini yapması için tıbbi tavsiye anlamında karısını kan nakline ikna etmeyi reddeden bir kocaya Ceza Kanununun § 330c'in sınırsız şekilde uygulanmasına karşı çıkmıştır. Kocanın davranışını onaylamasa da, çatışma durumu nedeniyle, toplum için mevcut en keskin silah olan ceza hukukuyla kendisine karşı işlem yapılmasının haklı olmadığını belirtmiştir²⁷⁸⁷.

Benzer yönde bir örnek olarak AİHM'nin *Odievre v. Fransa* kararı verilebilir²⁷⁸⁸. Karara konu olan çatışma, çocuğunu devlet gözetimine kimliğinin gizlenmesini talep ederek terk eden annenin çıkarı ile çocuğun biyolojik annesinin kimliğini öğrenmesine dair çıkarı arasındadır. Gerek annenin çıkarı, gerekse de çocuğun çıkarı özel yaşamın gizliliği hakkı (AİHS madde 9) bağlamında korunur. Bu durumda, pratik uyuşum (uzlaşma) mümkün görünmemektedir²⁷⁸⁹. Ulusal yetkililer, çocuğun talebini –annenin

ilişkin zengin kurallar ve ilkelerden yararlanmanın önünü tıkmıştır.” Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 123.

²⁷⁸⁴ BVerfGE 88, 203 (255). Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 131.

²⁷⁸⁵ *Ibid.*, 131-132.

²⁷⁸⁶ BVerfGE 39, 1 (43); BVerfGE 88, 203 (255-2256) Martin, *Grundrechtskollisionen*, 232-33.

²⁷⁸⁷ BVerfGE 32, 98 (106 vd.). Bkz. Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 471; O. Korkut Kanadoğlu, “Laiklik ve Din Özgürlüğü”, *TBB Dergisi* 109 (2013): 361. Ceza kanununun § 330c maddesi şu şekildedir: “Bir kaza veya genel tehlike veya ihtiyaç durumunda, şartlar altında gerekli ve makul olmasına rağmen, özellikle önemli bir kişisel risk olmaksızın ve diğer önemli yükümlülükleri ihlal etmeden yardım sağlamayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile veya para cezası ile cezalandırılır.”

²⁷⁸⁸ AİHM, *Odievre v. Fransa*, B. No. 42326/98, 13.02.2003.

²⁷⁸⁹ Aynı yönde Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 244. Pratik uyuşumun daha iyi işlemesi adına kurumsal ve prosedürel önerilerde bulunan De Schutter ve Tulkens, bu kararı da örnek vererek müzakere süreçlerinin teşvik edilmesini önerir. Bu öneri, çatışmadan kaçınılmıyorsa veya çatışmayı yaratan arka koşullar değiştirilmıyorsa başvurulması tavsiye edilen öneridir. De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 28.

rızası olmaksızın kimliğinin gizliliğinin kaldırılması- kabul ettiklerinde, annenin hakkı tamamen reddedilmiş olacaktır. Annenin hakkının korunması ise çocuğun talebinin reddi anlamına gelir. Böyle bir durumda bir hakkı diğerine karşı daha az müdahale edecek şekilde koruma şeklinde bir orta yol söz konusu değildir²⁷⁹⁰. Netice itibarıyla çocuğun, istediği bilgiyi edinmesini engelleyecek kanun hükmü, Sözleşmenin 8’inci maddesine aykırı görülmemiştir²⁷⁹¹.

Dikkat edilirse, bahsettiğimiz bu çatışmaların, çatışma tipolojisinde yer verdiğimiz tam çatışmanın örnekleri oldukları görülür. Tam çatışmalarda, haklardan biri feragat edilmeden, diğerinin gerçekleştirilemeyeceğini belirtmiştik. Dolayısıyla tam çatışmanın varlığı tespit edildiğinde, artık pratik uyuşum bir seçenek değil, demektir. Pratik uyuşum ancak kısmi çatışmalar için uygulanabilir²⁷⁹². Öte yandan da pratik uyuşumun mümkün olmadığının anlaşılmasıyla bir tam çatışma türüyle karşılaştığımız anlaşılacaktır. Öyleyse, her zaman tam çatışma örneğiyle karşı karşıya olduğumuzu hemen bilmek mümkün değildir. Ancak çatışmanın bir ucunda mutlak hak varsa, artık bunun bir tam çatışma olduğu iddia edilebilir.

İlkeler ve kurallar ayırımını tartışırken, bazı hakların mutlak olarak korunan haklar olduğunu ve dolayısıyla dengelemeye tabi tutulamayacağını söylemiştik. Elbette bu haklar pratik uyuşuma da tabi tutulamaz. O halde çatışmanın bir tarafında bu haklardan biri varsa, artık uyuşum girişimi söz konusu olamayacaktır. Örneğin Alman anayasa hukukunda mutlak olarak korunan insan onuru hakkı²⁷⁹³, bu haklardan biri olarak kabul edilir. Tam bu noktada FAYM’nin çatışma çözüm teorisini temel alarak, anayasanın bütünlüğü ve dolayısıyla pratik uyuşum ilkelerine adeta bir şerh gibi düşen “daha üstün değer” konusunu ve anayasal haklar arasında hiyerarşi meselesini incelememiz iyi olacaktır.

²⁷⁹⁰ Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 245.

²⁷⁹¹ Mahkemenin haklar arasında bir seçim yapmak zorunda kalıp seçimini annenin hakkından yana kullandığı yani haklardan birinin diğerine feda edildiği durumlarda pratik uyuşumun mümkün olmadığını göstermek için verdiğimiz bu kararda, AIHM mekanizması nedeniyle işin içine devletlerin takdir yetkisi girmektedir ki bu da bizim konumuz dışındadır. Nitekim AIHM nezdinde çatışmaları konumuzun kapsamı dışında tutmamızın bir nedeninin de, “takdir marjı” hususu olduğunu hatırlatalım. Bu karar sağlam gerekçeler sunmamakla da eleştirilmektedir. Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 245.

²⁷⁹² Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 28. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 50.

²⁷⁹³ Barak, *Proportionality*, 28, 179. Alman Anayasasında, insan onuru dışındaki tüm haklar nisbidir. *Ibid.*, 179.

6. Anayasal Değerler Düzeni: İnsan Onuru ve Anayasal Değerleri Arasında Hiyerarşi

Yukarıda belirttiğimiz gibi, “en yüksek değer olarak temel haklar sistemine hakim olan” insan onuru²⁷⁹⁴ ile bağlantılı olarak şu sorular karşımıza çıkar: İnsan onuru Anayasadaki en yüksek değer midir? Anayasada (daha) üstün değerler var mıdır, varsa nelerdir? Bu sorular bağlamında FAYM’nin çatışma çözüm teorisini merkez alarak ele alacağımız bir başka konu, anayasada değerler hiyerarşisi ve anayasal hak normları arasında maddi bir hiyerarşinin benimsenip benimsenemeyeceği konularıdır. Aşağıda bunları netleştireceğiz.

a. Değerler Sistemi

FAYM’nin çatışma çözüm teorisinin, anayasanın bütünlüğü ilkesinin yanı sıra “değerler düzenine” dayandığını söylemiştik. “Değerler düzeni” bu fonksiyonu yerine getirememesine rağmen, norm çatışmalarının çözümünde ölçüt olarak sıklıkla kullanılmıştır. Hatta doğrudan koşulsuz temel hakların koruma alanına içkin bir sınır olarak bile kullanılmıştır²⁷⁹⁵.

Mithat Sancar, değerler teorisine göre genel bir değerlendirme yaparken, hukukun bir değerlendirme ve tercih karakteri taşıdığıнын inkar edilemeyeceğine dikkat çekmektedir. Hatta hukuk, değerlerin, menfaatlerin ve tasarımların somut biçimlenişidir²⁷⁹⁶. Geleceğe açık ve gelecekteki olayları belirlemeye yönelik olan hukuk normlarının değerlendirilme faaliyetleri zorunludur²⁷⁹⁷. Temel hak normları, yapıları gereği karar vericiye geniş bir değerlendirme alanı sunmaktadır. Bu nedenle değer yaklaşımının, bu değerlendirme işlevinde dikkate alınacak ölçütleri ortaya koyma işlevinden yararlanılabilir²⁷⁹⁸. “Değerlendirme” bir tercih, yani öncelik kuralı doğurur. Bir “değerlendirme yapmak, bir şeyi bir başkasına tercih etmek anlamına gelir”²⁷⁹⁹. Fakat

²⁷⁹⁴ BVerfGE 30, 173 (193) (*Mephisto*). Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 102.

²⁷⁹⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 140. Bkz. BVerfGE 12, 1 (4).

²⁷⁹⁶ Bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 245.

²⁷⁹⁷ *Ibid.*, 247.

²⁷⁹⁸ *Ibid.*

²⁷⁹⁹ *Ibid.*, 240.

A'nın B'den daha iyi olmasına dair bir beyan için bu beyanın gerçek olduğunu kanıtlayacak mantıksal gerekçeler gösterilemez²⁸⁰⁰.

“Değerler”i, anayasal haklardan ayırmak için Alexy'nin yaptığı gibi, von Wright'ın deontolojik, aksiyolojik ve antropolojik olarak üç gruba ayırdığı pratik gerekçeler ayırımından yararlanalım²⁸⁰¹. Deontolojik kavramının örnekleri emir, yasak, izin ve bir şeye yönelik haktır. Bu kavramlar, emir veya olması gereken olmak üzere temel tek bir deontolojik kavramdan çıkarılmaktadır. Aksiyolojik kavramlar, “iyi”den kaynaklanır. Güzel, cesur, güvenilir, demokratik, liberal veya hukukun üstünlüğü ile uygunluk aksiyolojik konsept örneğidir. Antropolojik konseptler ise istek, menfaat, ihtiyaç, karar ve eylem konseptleri örneğini kapsamaktadır²⁸⁰². Anayasal haklar deontolojik alana aitler iken, “değerler” aksiyolojik alana aittirler²⁸⁰³. Dolayısıyla her ne kadar her sistemin ve hukuk sisteminin de temelinde değerler yatsa da, hukukun “değer temeli”ne sahip olması, onu normlar sisteminden çıkarıp “değerler düzeni”ne yerleştirmek olarak anlaşılmalıdır²⁸⁰⁴.

“Değerler düzeni” kavramı, Anayasanın anayasal hukuki içeriğinin tümünü tanımlamakla beraber, çatışma çözümü için ileri bir işlev taşıyamaz. Temel haklar bir değerler düzenini içerse bile, soyut olarak anayasal değerler arasında öncelikli bir kararın alınabileceği belirli bir değerler düzeni bunlardan çıkarılamaz²⁸⁰⁵. Anayasanın değer sistemi, belirli bir değerler hiyerarşisine karşılık gelmez²⁸⁰⁶. Bu nedenle, anayasal değerler düzeni kavramı, (kayıtsız) temel hakların sınırlandırılmasında “doğru” yöntemi bulmak için çok işlevsizdir²⁸⁰⁷. Eğer anayasa bir değerler düzeni olarak kabul edilirse, bu durum somut anayasadan birçok değer üretilip, her birine değişik işlevlerin verilmesiyle sonuçlanacaktır. Ortaya çıkacak farklı değerlerin birbiriyle ilişkisini belirlemek içinse bunları, belli bir sıra içerisine sokan bir “değerler yelpazesi”nin oluşturulması

²⁸⁰⁰ *Ibid.*

²⁸⁰¹ G.H. v. Wright, *The Logic of Preference* (Edinburgh, 1973), 7'den belirten Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 87.

²⁸⁰² *Ibid.*

²⁸⁰³ *Ibid.*, 88, 93.

²⁸⁰⁴ Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 246.

²⁸⁰⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 140.

²⁸⁰⁶ *Ibid.*, 140-141.

²⁸⁰⁷ *Ibid.*, 141.

gerekecektir²⁸⁰⁸. Anayasanın değerler düzeni olarak alınmasıyla “kapalı bir sistem” olarak görülen bu düzeni oluşturan kimi değerlerin mutlaklaştırılmasıyla “değerler tiranlığı” riski de ortaya çıkacaktır²⁸⁰⁹.

Değerler yaklaşımında, “insan onuru” en üstün değer olarak tanınarak²⁸¹⁰ merkezi bir konuma yükseltilebileceği gibi, “kolektif değerler” de ilke haline getirilip mutlaklaştırılabilir ve böylece temel hakların bir sınırı halini alabilir²⁸¹¹. Dolayısıyla bu yaklaşımın her zaman tehlikeli bir yönü vardır²⁸¹². Biz bu tehlikeli yöne “FAYM’nin Çatışma Çözüm Formülündeki ‘Diğer Hukuki Değerler’ Kavramı” başlığı altında değinmiştik. Bu nedenle daha fazla açıklama yapmadan, insan onuru ve mutlak haklar meselesini ele almak ve sonra da haklar arasında bir hiyerarşinin varlığını sorgulamak istiyoruz.

b. İnsan Onuru ve Mutlak Hakların Hiyerarşik Üstünlüğü?

Alman anayasa hukukunda insan onuru ilkesinin, Anayasanın tüm hükümlerini düzenleyen temel anayasa ilkelerinden biri olduğu, genel olarak kabul edilir²⁸¹³. Anayasa, özgür insan kişiliğini ve onurunu en yüksek değer olarak kabul eder²⁸¹⁴. İnsan onuru ilkesini, kasıtlı olarak temel haklar kataloğunun en üstüne yerleştirir ve ona “dokunulmazdır” ifadesiyle özel bir sıralama verir²⁸¹⁵. Alman Anayasasının 79’uncu maddesinin üçüncü fıkrası²⁸¹⁶, özünü etkileyen bir değişikliği istisna tutması bakımından, onu, Anayasanın diğer hükümlerinin üzerine resmi olarak yükseltir. Dolayısıyla Alman Anayasasının 1’inci maddesinin birinci fıkrasının, diğer anayasal hükümler karşısında ilkesel bir önceliğe sahip olduğu kabul edilir²⁸¹⁷.

²⁸⁰⁸ Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 32 (dp. 40); Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 248.

²⁸⁰⁹ *Ibid.*, 251. Ayrıca bkz. Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, 182.

²⁸¹⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 149.

²⁸¹¹ Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 248-249.

²⁸¹² *Ibid.*, 249. Ayrıca “anayasanın bütünlüğüne” yönelik risk için bkz. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 255.

²⁸¹³ BVerfGE 6, 32 (36).

²⁸¹⁴ BVerfGE 12, 45 (53).

²⁸¹⁵ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 462.

²⁸¹⁶ GG m. 79/3: “Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1. ve 20. maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.”

²⁸¹⁷ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 462. Bunu FAYM de vurgulamıştır. BVerfGE 1, 14 (32/33). Dikkat çeken Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 149.

İnsan onuru ile bir başka hak çatışma içerisindeyse, korunacak olan hak bellidir: İnsan onuru²⁸¹⁸. Bu hak ihlal edilemez²⁸¹⁹. “Anayasanın bütünlüğü”, çatışan özgürlüklerin karşılıklı olarak sınırlandırılmasına zorlarsa, bu sisteme özgü sınır, hiçbir koşulda ilgili temel hak sahiplerinden birinin onuruna zarar verecek kadar uzatılmamalıdır²⁸²⁰. Nitekim Alman mahkemeleri, bu hakkın başka bir hakla veya genel menfaatle sınırlandırılmasının katiyen meşrulaştırılmayacağı yönünde karar vermiştir²⁸²¹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, önüne gelen başvuruda, her koşulda özel bir dikkatle her zaman öncelik vererek, insan onuru ilkesiyle çatışma²⁸²² olup olmadığına bakar²⁸²³. Örneğin *Strauss-Karikatur* kararında²⁸²⁴ FAYM, insan onurunun, Anayasanın 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki sanat özgürlüğüyle artık tartılamayacak mutlak bir sınırı olduğunu varsaymıştır. Mahkeme bunu, Anayasanın 1’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, insan onurunun dokunulmazlığından çıkarmaktadır²⁸²⁵. Mahkeme, ilgili davada, Strauss’u çiftleşen bir domuz olarak tasvir eden *Konkret* dergisindeki karikatürlerdeki anormal cinsel davranış tasviri ile kişinin değersizleştirildiği ve bunun doğrudan insan onuruna saldırı olduğu kanaatine varmıştır²⁸²⁶.

İnsan onurundan yola çıkarak, FAYM’nin çatışma çözüm teorisiyle bağlantılı olarak anayasal haklar arasında bir hiyerarşinin olup olamayacağı²⁸²⁷ sorusunu yanıtlamamız gerekir. Bu konuya daha önce “Anayasa normları arasında hiyerarşi

²⁸¹⁸ Birçok yazar (örneğin Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 269), “insan onuru”nu pratik uyumdan muaf tutmaktadır. Rüdner’e göre, Gallwas’ın da kanıtladığı gibi, dayanılmaz bir sonuç yaratacak olsa dahi, bir insanın insanlık haysiyetine dokunulduğunda, diğer tüm temel haklar arka planda kalır. Rüdner, “Grundrechtskonflikte”, 462. Bkz. Gallwas, *Der Missbrauch von Grundrechten*, 41,42. Rüdner, insan onuru karşısında diğer tüm hakların geri çekilmesini savunur. İnsan onurunun Anayasanın temel ilkelerinden biri olduğu ve özel bir sıralamaya sahip olduğuna dair bkz. Rüdner, “Grundrechtskonflikte”, 462.

²⁸¹⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 149.

²⁸²⁰ *Ibid.*, 102.

²⁸²¹ Barak, *Proportionality*, 28.

²⁸²² Dolayısıyla mutlak hak, nisbi veya mutlak bir hakla çatışmaya girebilir. Ancak asıl husus, bu çatışmanın (iki mutlak hakkın çatışması hususu tartışmalı da olsa) dengeleme ile çözülemeyeceğidir. Mutlak ve nisbi hak çatışmasında, kategorik yöntem tercih edilmelidir. Bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 199. Bir çatışmada dahi mutlak hak kısıtlanamayacağı için ve dolayısıyla AİHM’in içtihatlarına dayanarak çatışma oldukça kolay bir şekilde çözüleceği için De Schutter ve Tulkens, mutlak haklar ile nisbi hakların çatışmasını gerçek çatışma olarak kabul etmezler. De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 9-11.

²⁸²³ Rüdner, “Grundrechtskonflikte”, 466. Ayrıca bkz. “Mutlak hakka dair tartışmalar” başlığımız.

²⁸²⁴ BVerfGE 75, 369 (*Strauß-Karikatur*).

²⁸²⁵ Rohloff, *Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA*, 70.

²⁸²⁶ BVerfGE 75, 369 (380).

²⁸²⁷ Bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 143.

sorunu” kısmında değinmiş ve Kelsen’den yola çıkarak, anayasanın biçimsel anlayışını kabul ettiğimizi ve bu anlayış dikkate alındığında biçimsel bir hiyerarşinin katıyen kabul edilemeyeceğini söylemiştik²⁸²⁸. Bununla beraber maddi hiyerarşi için kesin bir yargıda bulunmamıştık. Şimdi burada bu konudaki görüşümüzü, ortaya koyabiliriz.

Anayasal haklar arasında bir hiyerarşinin veya sıralamanın varlığını sorgulamak, anayasal hak çatışma çözümü için özellikle önemlidir. Çünkü “hiyerarşi görüşü” benimsendiğinde, özgürlükler arasında bir çatışma olduğunda, hiyerarşik olarak üstün olan özgürlük korunacak, diğeri ise sınırlandırılacaktır²⁸²⁹. Dolayısıyla çatışma çözümü için hangi özgürlüğün daha değerli olduğuna bakılacaktır²⁸³⁰. Oysa anayasal haklar arasında ne şekli ne de maddi bir sıralama kabul edilmediğinde, çatışma çözümü için başka yolları aramak gerekecektir.

c. Anayasal Haklar Arasında Maddi Hiyerarşi veya Sıralama

Çalışmamızın ilk kısmında, anayasal haklar arasında hiyerarşinin varlığını sorgularken anayasa kuralları ile yaratılan hakkın koruma gücündeki veya kapsamındaki farklılaşmayı, sistematik yorum sonucu dikkate almamız gerektiğini belirtmiştik. Bu yorumu daha öteye taşıyan bazı yazarlar, eğer anayasa bireysel özgürlük güvenceleri arasında kasıtlı bir farklılık oluşturuyorsa, örneğin daha güçlü ve daha zor korunan bireysel hakları garanti altına alıyorsa, bir anayasal hak hiyerarşinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır²⁸³¹. Biz bu konuda, Blaesing’in görüşlerini temel alarak düşüncelerimizi ifade edeceğiz.

Hiyerarşi görüşünü savunan Blaesing’e göre buradaki kademelenme, etik bir değerlendirmeye eşitlenemez, ancak temel hakların normatif tasarımına dairdir²⁸³². Blaesing, anayasal hak hiyerarşisinin meşruluğunu iki temele dayandırır: (1) Anayasadan çıkarılacak farklı kademeler, genellikle anayasal hak kayıtlarının etkisiyle kademeli

²⁸²⁸ Bkz. “Anayasa Normları Arasında Hiyerarşi Sorunu” başlığı.

²⁸²⁹ Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 41.

²⁸³⁰ *Ibid.*

²⁸³¹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 143.

²⁸³² *Ibid.*

kısıtlama olanakları ve (2) Alman Anayasası için konuşursak Anayasanın, en yüksek değeri olarak insan onuru teminatına temel hakların farklı tematik yakınlığı²⁸³³.

Yasa kayıtlarındaki kademelenme, bu kayıtların neden farklı yoğunlukta olduğunu ve bazı temel hakların neden müdahaleden tamamen muaf tutulduğunu açıklamaz²⁸³⁴. Hatta Blaesing, çeşitli yasal kayıtların bir sınırlama sistemi yerine, temel haklara dayalı bir “sınırlar yığını” olduğu²⁸³⁵ görüşüne değinir²⁸³⁶. Yazara göre, en nihayetinde yasal mülhazalar dikkate alınarak tüm haklar için tek bir kısıtlama imkanı getirecek bir kısıtlama kaydı tanınmamıştır. Aksine daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kademelendirilmiş sistemde bazı haklar için nitelikli yasa kaydı, bazıları için basit yasa kaydı getirilmiş ve kimi anayasal haklar ise kayıtsız bırakılmıştır²⁸³⁷.

Bu kademelenme meselesine bakarsak; literatürün bir kısmı, bu bağlamda yasal saiklerin önemli bir rol oynayacağına işaret etmiştir. Netice itibarıyla anayasal yasa kayıtları, anayasanın kendisi, değişen toplumsal gerçekliği dikkate alarak gerekli tüm kısıtlamaları kendisi yapamadığı için, bu yetkinin demokratik olarak meşrulaştırılmış yasama organına devredilmesi gerekliliğinin sonucudur²⁸³⁸. Buna dayanılarak doktrinde, bu kademelenme ile beraber anayasa koyucunun, - bilinçli veya bilinçsiz olarak - anayasal düzeyde bir temel haklar hiyerarşisi kurduğu iddia edilmektedir²⁸³⁹. Hatta Blaesing, özellikle yanlış anlamaları önlemek için, literatürde bazen yapıldığı gibi, bir “değer” sıralamasından değil²⁸⁴⁰, yalnızca “temel haklar hiyerarşisinden” bahsetmenin daha iyi ve doğru olduğunu iddia eder²⁸⁴¹. Bu açıdan bakıldığında, örneğin kapalı alanlarda toplanma özgürlüğünün kişi özgürlüğünden daha güçlü bir şekilde korunduğu inkar edilemeyecektir. Zira Alman Anayasasının 8’inci maddesinin birinci fıkrası, basit kanunlarla sınırlandırılmadığından, resmi olarak Anayasanın 2’nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinden daha yüksek bir sıradadır²⁸⁴².

²⁸³³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 143.

²⁸³⁴ *Ibid.*, 144.

²⁸³⁵ Betterman, *Grenzen der Grundrechte*, 3.

²⁸³⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 144-145.

²⁸³⁷ *Ibid.*, 144.

²⁸³⁸ *Ibid.*

²⁸³⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 144; RUFNER, “Grundrechtskonflikte”, 462.

²⁸⁴⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 147. “Değer” terimi etikle çok yakından ilişkilidir. *Ibid.*

²⁸⁴¹ *Ibid.*

²⁸⁴² *Ibid.*, 145.

Blaesing'in ortaya koyduğu anayasal haklar hiyerarşisine bakarsak, en başta insan onurunun yer aldığını görürüz²⁸⁴³. Yazara göre bunu, Alman haklarına (örneğin, GG madde 8/1) göre önceliğe sahip olduğu, yasal olarak sınırsız garantiler (örneğin, GG madde 4, 5/3) takip eder²⁸⁴⁴. Bunu ise, nitelikli yasa kaydına sahip özgürlük garantileri (örneğin, GG madde 11/2, madde 13/3, madde 17a ile bağlantılı olarak madde 17), genel yasalara tabi olanlar (örneğin, madde 5/2 ile birlikte madde 5/2) izlemektedir. Son olarak, bu sıralamayı, herhangi bir kanunla sınırlandırılabilen (örneğin, madde 2/2, madde 10/1 ve onunla bağlantılı 10/2, madde 12/1) ve yalnızca Anayasanın 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki öz güvencesine tabi olup, ölçülülük ilkesinin güvencesinden yararlanan temel haklar izler²⁸⁴⁵. Hiyerarşinin son seviyesini, Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasından kaynaklanan genel hareket özgürlüğü oluşturur. Bunun nedeni, bir yandan Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasının temel bir hak olarak düşünülürken, diğer yandan bu güvencenin sınırlama üçlüsüne tabi olmasından kaynaklanır. Bu hiyerarşiyi uygularken, çatışan iki temel hakkın eşit değerinde olduğu ortaya çıkarsa, Anayasanın 1'inci maddesinin birinci fıkrasına tematik yakınlık²⁸⁴⁶ dikkate alınarak, daha fazla ayırım yapılmalıdır. Blaesing'e göre, bu ölçütlere rağmen bir

²⁸⁴³ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 149. Bunu FAYM de vurgulamıştır. BVerfGE 1, 14 (32, 33). Kommers de FAYM'nin nesnel değerleri hiyerarşik olarak sıralamasına dikkat çekmiştir. FAYM'nin hiyerarşisine göre, tüm hakların nihai anlamını bildiren norm olarak insan onuru ilkesi en başta yer alırken, onu insan yaşamının değerleri ve kişiliğin özgür gelişimi değerleri takip eder. Bu durumda da yorumlama sorunu, hakkın mı yoksa değer mi tercih edileceği sorusu haline gelir. Kommers, "Germany: Balancing Rights and Duties", 181. Gerek bu ifadelerden, gerekse de Kommers'in bazı durumlarda basın özgürlüğü değeri bir hakkı önceleyebilecektir, ifadesinden (*ibid.*, 181) hakları ve değerleri ayrı yerlerde konumlandığı anlaşılmalıdır.

²⁸⁴⁴ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 150. Bazı temel hakların tüm insanlara, diğer temel hakların "Almanlara" özgülenmesine dair, anayasa, herkese tanınan temel hakların, sosyal düzen için Alman haklarından daha az tehlikeli olduğunu yansıtmaktadır. Blaesing'e göre bu durum, bu hakların neden her zaman iç özgürlükleri (örneğin Madde 4, 5/3) ilgilendirdiğini, oysa Alman haklarının neden daha fazla dış özgürlükleri (Madde 8/1, Madde 9/1) ilgilendirdiğini açıklar. *Ibid.*, 150.

²⁸⁴⁵ *Ibid.*, 149-150.

²⁸⁴⁶ Hiyerarşiye dair bir diğer görüş, başlangıç noktası olarak GG madde 1/1'in işlevine atıfta bulunulması gerektiğine dairdir. Buna göre, insan onuru anayasanın temel bir değeri olduğundan, bu temel ilkeye farklı yakınlıkları olan özgürlük güvencelerinin de farklı anlamlara sahip olduğu varsayılabilir. Bu yakınlığı belirlerken Anayasanın insan imajının, toplum temelli olduğu yine akılda tutulmalıdır. Bununla birlikte, bu argüman yalnızca tamamlayıcı bir etki olarak ortaya çıkar ve genellikle madde 1/1'in, toplumsal olarak anlaşılan insan onuru ile ilgili temel hak arasındaki bağlantısının yoğunluğunu gösterir. *Ibid.* Bizce Blaesing de bu görüşünün zayıf olduğunun farkındadır. Zira bu mantıktan yola çıkan yazar, "kişisel mülkiyet değerleri" gibi genel formüllerin, "maddi mülk değerlerinden" daha yüksek değerinde olması gerektiğini savunur. Öte yandan ise Alman Anayasasının bu yönde bir işaret içermediğini ve ayrıca da bu iki değer birbirinden kesin olarak ayıramayacağını kendisi ifade edip, derecelendirmenin mümkün olmadığını bizzat kendisi kabul eder. Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 148, 150.

sıralama farkı yoksa Anayasanın söz konusu güvenceleri eşit saydığı ve bir uyuşmazlığın ancak eşitlik ilkesinin (GG madde 3) uygulanmasıyla çözülebileceği varsayılabilir²⁸⁴⁷.

Blaesing'in temel haklar hiyerarşisi ile, her çatışma vakasının çözümünün üzerine inşa edilmesi gereken bir zemin oluşturulmuştur²⁸⁴⁸. Heissl'a göre, Blaesing'in sıralama düzeni, açıkça bir değer sıralama düzeni ortaya koymamıştır; yasa koyucunun öngörülen sınırlama ihtimallerine, aynı zamanda etkilenen anayasal hakların insan onuruna yakınlığını eklemiştir²⁸⁴⁹. Her çatışma çözümü, bu anayasal hak sıralama düzeninden yararlanacaktır²⁸⁵⁰. İlke olarak zayıf olan anayasal hak, güçlü olana yol verecektir²⁸⁵¹.

Blaesing'in oluşturduğu sıralamayı değerlendirirsek; biz “insan onuru”nun, üstün değer olarak kabul edilmesinin, onun hiyerarşik olarak daha üstün olduğu anlamına gelmeyeceği kanaatindeyiz. Özgürlükler arasında değer bakımından bir sıralama yapılamaz; her özgürlük “özgürlük” olması nedeniyle eşit değere sahiptir²⁸⁵². Anayasa normları arasında biçimsel bir hiyerarşinin olmayışı bizi bu sonuca götürür. Dolayısıyla Anayasada güvence altına alınmış özgürlük normları arasında üstünlük ilişkisi kabul edilemez²⁸⁵³. İnsan onuru daha önce de belirttiğimiz gibi, Alman hukuk sisteminde mutlak olarak korunan bir anayasal haktır. Bizim için bu anlamda önemli olan mutlak olarak korunan anayasal haklardır ki bu haklar sınırlandırılmayacağı için pratik uyuşuma da tabi olamaz. Bu nedenle Alman hukuku için insan onuru neyse, bizim anayasal düzenimiz için de örneğin işkence yasağı veya Anayasadaki istisnai sınırlama imkanları saklı kalmak üzere yaşam hakkı aynı konumdadır. Mutlak olarak korunan haklarla ilgili mesele, hakkın “koruma gücü” meselesiyle alakalıdır ve bu noktada mutlak haklar ile diğer haklar arasında bir hiyerarşiden bahsedilemez²⁸⁵⁴.

Haklara ilişkin yasa kayıtlarının kademelendirilmesi ise hakkın “koruma alanı”na ilişkindir. Kanaatimizce bu konudaki baskın görüşün kabul ettiği üzere, anayasal haklar arasında belirli bir hiyerarşi üretilemez²⁸⁵⁵. Özellikle, kayıtsız anayasal haklar, başlı

²⁸⁴⁷ *Ibid.*, 150.

²⁸⁴⁸ *Ibid.*, 151.

²⁸⁴⁹ Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 61.

²⁸⁵⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 151.

²⁸⁵¹ *Ibid.*, 153; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 61.

²⁸⁵² Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü”, 41.

²⁸⁵³ *Ibid.*

²⁸⁵⁴ Bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 191

²⁸⁵⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 140; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 195.

başına daha yüksek bir değere veya hiyerarşiye sahip değildir²⁸⁵⁶. Aksini savunanlar örneğin sanat, bilim ve din özgürlüğünün, genel düşünce özgürlüğünden daha yüksek bir önceliğe sahip olduğunu söyleyebilirler, çünkü ikincisi, Alman Anayasasının 5'inci maddesinin ikinci fıkrasına (genel yasa kaydına) tabidir. Ancak bu durumda bilim veya sanat özgürlüğü sınırsızken, yaşam hakkının yasa kaydı altında olması açıklanamayacaktır²⁸⁵⁷.

Bize göre, anayasal haklar için yasa kayıtları noktasındaki kademelenme, bir “değer” veya “önem” sıralamasından ziyade, Blaesing’in iddia ettiği gibi esasen hakkın toplum için daha az tehlikeli olmasından kaynaklanabilir ki bazı haklar buna göre sınırsız olarak²⁸⁵⁸ tasarlanmış olabilirler. Yazar, inanç özgürlüğü veya araştırma özgürlüğü gibi üçüncü şahısların yaşam alanını mutlaka etkilemeyen anayasal hakları örnek olarak verir. Hukuki özgürlüklerin amacına yönelik olan bu değerlendirmeler, anayasa koyucunun, kendisine yüklediği düzenleyici görevini yerine getirmesi için zorunludur. Dolayısıyla anayasa koyucu toplumsal gereksinimler açısından bireysel temel hakların farklı derecelerde güçlenmesini (korunmasını) sağlamalıdır. Bunu yaparken, yalnızca her bir özgürlük hakkının genel etkisine odaklanabilir ve bireysel durumlarda olası uygunsuzluğu göz ardı etmelidir²⁸⁵⁹.

²⁸⁵⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 123, 140; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 462-463; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 7; Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 195; Christian Kaerkes, “Die vergessene Schranken-Schranke der Kunstfreiheit”, *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 5 (2016): 399. Aksi fikirde olan Graf’a göre, yasa kayıtsız bir anayasal hak ile sınırlanabilen bir anayasal hakkın çatışmasında, yasa kayıtsız anayasal hak lehine karar alınmalıdır. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55.

²⁸⁵⁷ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 463. Bu durum, kayıtsız anayasal hakların toplumsal düzende daha az soruna yol açan haklar olmasının bir yansıması şeklinde de okunabilir. *Ibid.* Kanadoğlu da çok benzer şekilde, aynı hususa dikkat çekmektedir. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 7. Rübner yaşam hakkını en yüksek hiyerarşide kabul edip, ancak devlet müdahalesiyle sınırlanmasının da mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 463. Biz bu hiyerarşiyi kabul etmediğimizi ifade ettik. Buraya ufak bir not düşelim. AİHM bazı kararlarında, yaşam hakkının uluslararası insan hakları hiyerarşisinde üstün bir yere sahip olduğunu belirtirken diğer haklar arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığını açıkça vurgulamaktadır. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 198-199. Koruma yükümlülüğü teorisini ele alırken Kürtaj kararında (BVerfGE 39, 1 (42)) FAYM’nin, yaşam hakkını Anayasanın “üstün değer”i olarak kabul ettiğini belirtmiştik. Birkaç kararında daha, bu yönde görüş belirten FAYM, sonrasında yaşam hakkının diğer hukuki çıkarlar karşısında istisnai bir önceliğe sahip olmadığını belirterek, aslında olması gereken ifadeyi yakalamıştır. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 217.

²⁸⁵⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 146. Yazar mutlak haklar dese de, biz bu düşünceyi sınırsız haklar için değerlendiriyoruz.

²⁸⁵⁹ *Ibid.*

Biz Blaesing'in bu görüşünü de dikkate alarak, anayasa koyucunun çatışmaları öngörebilmesi noktasına dikkat çekmek istiyoruz. Gerçekten de anayasa koyucu, birçok hakla çatışma ihtimalinin yüksek olduğunu öngörebildiği anayasal haklar için basit yasa kaydı ile sınırlama, özellikle kimi sebeplerden ötürü başkalarının haklarıyla çatıştığını öngörebildiği bazı haklar için ise nitelikli yasa kaydı ile sınırlama olanağı getirmiş olabilir. Biz bu bölümün başında yasa kaydı kademelenmesinin çatışmaya yansımaları da ortaya koymuştuk.

Basit yasa kaydı olan anayasal hakkın, başka bir anayasal hakla çatışmasında bu ilk hakkı sınırlandırarak çatışmayı çözmek kolay olacaktır. Nitelikli yasa kaydı için görüşümüzde de şunu belirtmiştik: Belirli sebeplerle sınırlanabilecek olan anayasal haklar, başka anayasal haklarla çatıştığında, bu ikinci hak anayasada ilk hak için belirtilmiş bir sınırlama sebebi olarak tezahür etmese dahi, anayasal hakların çatışmasından doğan bir sınırlılık söz konusu olacaktır²⁸⁶⁰. Zira çoğu zaman açıkça yazılı sınırlama sebepleri yeterli olsa da, anayasa koyucunun öngörmediği durumlar her zaman olacaktır²⁸⁶¹. Bu durumda nitelikli yasa kaydı içeren anayasal haklar sınırlandırılırken, anayasa koyucunun niyeti ve ileri görüşlülüğü göz önünde bulundurulmalıdır.²⁸⁶²

Bu noktada kayıtsız olarak düzenlenen hakkın (örneğin GG madde 5/1'deki sanat özgürlüğü) sınırlandırılması gerekçelendirmek için nitelikli yasa kaydı ile sağlanan meşru amaçtan (GG 5/1) daha az meşru amacın söz konusu olabileceği göz ardı edilemez. Aksi takdirde kademelenme ile getirilmek istenen fark, ortadan kaldırılmış olacaktır²⁸⁶³.

Tüm bu açıklamalar, özünde, anayasanın normatif olarak ortaya koyduğu hususları dikkate almak, lafzi ve sistematik bir yorum yapmaktır. Sonuç itibarıyla biz

²⁸⁶⁰ Bu görüşümüzü destekler nitelikte bkz. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 119. Ayrıca bkz. Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 170.

²⁸⁶¹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 119. Biz çalışmamızda, anayasal hak çatışmalarının çözümü konusunda anayasa koyucunun rolüne kayda değer bir yer vermedik. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere esasen anayasa koyucunun "toplumsal değerleri çoğulcu ve birbiriyle uyumlu bir şekilde anayasalaştırması" elbette önemlidir. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 128. Çalışmamız açısından esas olarak dikkate aldığımız, anayasa altı düzeydeki düzenlemeler ve uygulamalar olsa da nihayetinde bunlar anayasaya ve dolayısıyla anayasa koyucunun ortaya koyduğu iradeye uygun olmak zorundadır. Kaldı ki örneğin "yasama dokunulmazlığında asılsız bir şekilde yargılanmama hakkı ile mahkemeye erişim ve aklanma hakkı arasında; yasama sorumsuzluğunda ise ifade hürriyeti ile başkalarının şerefi/özel hayatı arasında bir dengeleme" bizzat anayasa koyucu tarafından çatışan bazı hak ve değerler arasındaki tercihinin ortaya konmasıdır. *Ibid.*, 128-129.

²⁸⁶² Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 119-120.

²⁸⁶³ Kaerkes, "Die vergessene Schranken-Schranke der Kunstfreiheit", 399.

anayasanın lafzi ve sistematik yorumunu göz önünde bulundurarak; literatürde anayasal hakların hiyerarşisinin reddine dair baskın görüşü²⁸⁶⁴ paylaşıyoruz.

Pratik uyuşum ile dengeleme arasındaki ilişkiye dair karışıklık, bizce dengelemenin ne olduğu sorusunun yanıtıyla başlamaktadır. Dengeleme doğrudan bir tarafın ağır geleceği tartım olarak anlaşıldığında, pratik uyuşum dengelemeden tamamen farklıdır, demektir. Bizce Hesse'nin çıkış noktası da buydu. Nitekim yazarın hukuki değerler tartışımı eleştirerek, pratik uyuşumu önerdiğini daha önce açıklamıştık. Dolayısıyla esasen pratik uyuşumun, eleştirerek bir ilerleme kat ettiği yöntem, Alman hukukunda menfaatlerin tartılmasıdır.

Kimi ortak eleştirileri beraber karşıladığımız düşündüğümüz günümüz dengelemesi ise pratik uyuşumdan çok farklı değildir. Dengeleme, çalışmamızın devamında ele alacağımız şekilde hakların çatışma çözüm yöntemi olarak öne sürülen ve her iki hakka dair birçok unsuru ele alan bir süreç olarak kabul edildiğinde işte artık pratik uyuşumun da bu sürecin bir aşaması olduğu kabul edilir. Çünkü dengeleme sürecinin nihayetinde iki sonucu vardır: Ya haklara optimal sınır çizilebilecek, yani uyuşum veya diğer tabirle uzlaşma sağlanacaktır ya da haklardan biri diğerine ağır gelecek, yani onu önceleyecektir. Dolayısıyla ilk sonuç pratik uyuşum ve ikinci sonuç tartım veya dengeleme olarak kabul edildiğinde, pratik uyuşum ve dengeleme elbette birbirinden ayrılacaktır.

Öte yandan dengeleme (tartım), tüm süreç olarak kabul edildiğinde ise pratik uyuşum dengelemenin bir aşaması olarak kabul edilecektir: Süreç olarak son aşama, ancak sonuç olarak haklardan biri diğerini öncelemeden önce ikisinin de optimal etkisini korumasını sağlamak için takip edilmesi gereken ilk aşama! Bu nedenle pratik uyuşumun, dengelemeye nazaran yukarıda bahsettiğimiz avantajları, ancak dengeleme, anlam olarak hak çatışmasına hangi hakkın ağır geleceği dolayısıyla diğeri geri çekilerek hangisinin uygulanacağı şeklinde bir soruyla yaklaşan ve ona göre çatışmanın galibinin tek bir kazananın olduğu tartım ile birebir tutulduğunda anlamlı hale gelir.

²⁸⁶⁴ Bu konudaki literatürdeki görüşleri, güzel özetleyen çalışma için bkz. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 62-63. Ayrıca Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 41; Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 123.

Asıl mesele şudur ki, hemen üst paragraftaki açıklamalarımızı da dikkate alarak diyebiliriz ki ne yazık ki, süreç olarak açık açık pratik uyuşumun işleyişini dengelemeden ayıran ve bu konudaki görüşlerimizi netleştiren bir çalışmaya rastlayamadık. Nitekim aradaki farklılıklar olarak gösterilen ayrımlar, bizim de bu başlık altında verdiğimiz ayrımlar olmakla beraber, eğer pratik uyuşumun süreç olarak dengelemeden farkı net bir şekilde ortaya konulmazsa, aslında bu ayırım işlevsiz ve yapay kalacaktır. Bilhassa Alexy'nin, ilkeler teorisine göre hakları optimizasyon gereklilikleri olarak kabul edip anayasal hakların çatışmasında bir tartım yasası öngörmesi ve tüm süreci buna göre değerlendirmesi yani ileri sürdüğü “dengeleme”nin pratik uyuşumdan bir farkı, en azından dezavantajı olduğu ileri sürülemeyecektir. Görülecektir ki pratik uyuşum ilkesi, doğasında mevcut olan optimize etme görevi nedeniyle, dogmatik olarak Robert Alexy'nin ilkeler teorisine karşılık gelir²⁸⁶⁵.

Pratik uyuşum ilkesinin, anayasal hakların istikrarlı dogmatik temeline dayanan, verimli ve çağdaş bir prosedür olarak kabul edilmeye devam ettiğini belirten Schladebach, bu iddianın 2001 yılında “bu argüman çizgisi uygulamada tutarlı bir şekilde kabul edilebilir sonuçlara yol açmıştır” diyen Klaus Stern tarafından da paylaşıldığına dikkat çeker²⁸⁶⁶. Ancak yazara göre, mevcut yöntemlere daha fazla rasyonel değerlendirme birimleri eklenerek, pratik uyuşumun prosedürel ve sonuç yönleri zenginleştirilebilir²⁸⁶⁷. Bu anlamda Stern'in “pratik uyumun argümantasyon figürünün, temel haklar doktrini açısından hala rafine edilebileceği” yönündeki ihtiyaç, optimal bir anayasal değer yaratılmasının somutlaştırılıp somutlaştırılmayacağını, rasyonelleştirilip ve böylece teşvik edilip edilemeyeceğini sormaktır. Yazara göre bu, Robert Alexy'nin ağırlık formülünü pratik uyum ilkesine yerleştirmekle mümkündür²⁸⁶⁸. Biz daha önce Alexy'nin ilkeler teorisini eleştirmiş, ancak yazarın tartım yasasının önemli olduğunu ve çalışmanın devamında ele alacağımızı ifade etmiştik. Dolayısıyla dengelemeyi ele alırken Schladebach'ın argümanlarını da incelemiş olacağız.

²⁸⁶⁵ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 273, 279.

²⁸⁶⁶ Klaus Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 1 (15 vd.)'den aktaran *Ibid.*, 279.

²⁸⁶⁷ *Ibid.*

²⁸⁶⁸ Stern, *Die Grundrechte und ihre Schranken*, 15'ten aktaran Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 279-280.

Son olarak belirtelim ki normalde pratik uyuşumu dengelemenin bir aşaması olarak kabul eden yazarların yaptığı gibi, önce dengelemenin ne olduğu ve dengeleme prosedürü anlatılarak, son aşama olarak uzlaştırma veya öncelik vermeye yer vermek daha mantıklı olabilirdi²⁸⁶⁹. Ancak bu bölümün başında sorunu ortaya koyduğumuz yerde, genel konudan başlamak yerine, özel konudan genele geçiş yapacağımızı söylemiş ve bu nedenle sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakları sınırlandırma gerekçelerini ele almaya başlamıştık. Önce dengeleme ve ardından pratik uyuşumu açıklamak yerine, tam tersini yapmamızın esas sebebi de budur. Zira çatışmanın nasıl çözüleceği sorusunun en çetin hale geldiği sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakları ele almamız için özellikle bu hakların çatışmasına yönelik olarak geliştirilmiş pratik uyuşumu ele almamızı gerektirdi.

Anayasal hakların çatışmasıyla ilgili birçok soruya FAYM'nin çatışma çözüm modelini merkez alarak yanıt arayacağımızı belirtmiştik. Nitekim öyle de yaptık. Bu nedenle çatışma çözüm yöntemi olarak dengelemeyi ele almadan önce, yine FAYM'nin çatışma çözüm modelini merkez alarak, başka bir soruyu yanıtlamak istiyoruz. Sınırlamaya neden olan “başkalarının çatışan hakları”nın hukuki niteliği nedir? Bir sınırlılık hali mi, yoksa sınırlama klozu mu? Bu soru ise FAYM'nin çatışma çözüm modelinin nasıl işlediği ile bağlantılıdır. Bu nedenle, aşağıda, bizce anayasal hakların çatışma çözüm teorisi açısından çok önemli olan kimi sorulara yanıt arayacağız.

C. FAYM'İN ÇATIŞMA ÇÖZÜM MODELİ NASIL İŞLER?

Çalışmamızın birçok yerinde, anayasal hak çatışmalarında “yazılı” anayasal hak sınırlarına başvurmanın, her zaman işe yaramayacağını vurguladık. Üstelik bir çatışma durumunda, anayasal haklardan birinin kayıtsız olmasının, her zaman bu hakkın çatışmadan galip çıkacağı anlamına gelmediğini de belirttik²⁸⁷⁰. Çalışmamızın odak noktasına, kayıtsız anayasal hakların sınırlandırılabilmesi meselesini almamızın nedeni budur. Yasa kayıtsız olsun veya olmasın bütün anayasal hakların, asgari sınırlar içermesi gerektiği fikrine dayanan “temel haklara içkin sınır” teorilerinin karşılık bulduğu yer, tam da bu bağlamdır²⁸⁷¹.

²⁸⁶⁹ Bkz. örneğin Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224-232; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*.

²⁸⁷⁰ Ayrıca bkz. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 126; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 91.

²⁸⁷¹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 91.

Bu bölüm altında ele aldığımız “çatışmadan doğan sınırlılık hali” şeklinde tezahür eden içkin teori, çatışma sorununu yazılı olmayan temel hak sınırları temelinde değerlendirerek, ilgili hakkın sınırını *başkasının çatışan hakkının çizdiğini varsayar*²⁸⁷². Dolayısıyla “başkalarının çatışan hakları”, diğer şeylerin yanı sıra, önerilen bu (içkin) sınırlardan biridir²⁸⁷³. Ancak, bu içkin sınır varsayımının haklılığı ve “başkalarının haklarının” hukuki niteliğine bağlı olarak nasıl uygulanacağına dair sorunlar ortaya çıkar. Bu sorunlar FAYM’nin çözüm teorisinin zayıf yanlarına veya açıkta bıraktığı hususlara ilişkindir²⁸⁷⁴. Aşağıda Mahkemenin çatışma çözüm modelinin nasıl işlediğini, bu modelin teorik boyutlarını, “başkalarının haklarının” hukuki niteliğini değerlendirirken ele alacağız. Ancak öncesinde, içkin sınırlama formülü olarak FAYM’nin çatışma formülünü hatırlayalım.

1. FAYM’nin Çatışma Çözüm Formülü

FAYM’nin çatışma çözüm formülü olarak adlandırabileceğimiz ifadeye göre;

“Yalnızca üçüncü kişinin çatışan temel hakları ve anayasa statüsüyle donatılmış diğer hukuki değerler, Anayasanın bütünlüğü ve onun tarafından korunan bütün değerler düzeni dikkate alınarak, sınırlanamaz temel hakları da tek tek ilişkilerde istisnai olarak sınırlandırabilir”²⁸⁷⁵.

Bu ifade, gerçek bir içkinlik formülünü yansıtır²⁸⁷⁶. FAYM’nin çatışma çözüm formülü, “anayasaya içkin sınırları” (*verfassungsimmanenten Schranke*) haklılaştırmanın temelini oluşturur²⁸⁷⁷. Bu formülle Mahkeme, kayıtsız anayasal haklara yazılı olmayan sınırlar koyar. Bu sınırlar ise “yalnızca anayasanın hükümleri aracılığıyla” belirlenir; diğer bir ifadeyle “yalnızca anayasanın kendisinden” kaynaklanır²⁸⁷⁸.

“İçkin” kavramı, doğrudan temel hak lafzından veya sarih bir sınırlama düzenlemesinden kaynaklanmayan, “yazılı olmayan” a karşılık gelir²⁸⁷⁹. Dolayısıyla içkin

²⁸⁷² *Ibid.*, 91-92.

²⁸⁷³ *Ibid.*, 91. *Neminem-laedere* ilkesine dayanan görüş için bkz. Can, “Neminem-Laedere-Gebot”, 928.

²⁸⁷⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 104, 110; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?”, 357.

²⁸⁷⁵ BVerfGE 28, 243 (260 vd.). Bkz. bu çalışma dp. 2382. Vurgu bize aittir.

²⁸⁷⁶ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 108.

²⁸⁷⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 44-45.

²⁸⁷⁸ BVerfGE 30, 173 (193). Bunu daha net bir şekilde, “Anayasanın bireysel hükümleri temelinde” diyerek BVerfGE 81, 278 (293) (*Bundesflagge*) kararında da ortaya koymuştur. Bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 103 (dp. 612). Ayrıca bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 16.

²⁸⁷⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 41-42.

sınırlar, anayasal hakların yazılı olmayan sınırları olarak ifade edilebilir²⁸⁸⁰. FAYM'nin çatışma formülü, temel haklar doktrinindeki diğer tüm içkinlik doktrinlerinin sahip olduğu, açık bir normatif temel olmadan temel haklar üzerinde gerekli kısıtlamaları sağlama niyetiyle örtüşür²⁸⁸¹. Ancak konunun terminolojik boyutuna gelince, bu tutarlılığın sağlanamadığı görülür. Bu nedenle içkin sınırların içerik olarak karşılığını araştırmadan önce, içerikteki tutarsızlığı da yansıtan terminolojik soruna bakmamız gerekir.

2. Terminolojik Sorun

Öncelikle belirtelim ki FAYM bu sınırları, yazılı olmayan içkin anayasal hak sınırları şeklinde tanımlamakla birlikte²⁸⁸², uzun süre “içkin temel hak sınırları” kavramını kullanmakta isteksiz kalmış, *Dienstpflıchtverweigerung* kararında bu ifadenin kullanımından vazgeçmiş ve derin bir içkinlik kavramı tartışması da yürütmemiştir²⁸⁸³. Çünkü Mahkeme, literatür ve içtihadta geliştirilen ve koruma alanı²⁸⁸⁴ düzeyinde yazılı olmayan sınırlamalar getirmek isteyen içkinlik teorilerinden,²⁸⁸⁵ kavramsal düzeyde açıkça ayrılmak istemiştir²⁸⁸⁶. Zira FAYM, bu teorilerin aksine içkin sınırlara, *bireysel*²⁸⁸⁷ çatışma durumlarını sınırlama düzeyinde²⁸⁸⁸ başvurmaktadır²⁸⁸⁹.

FAYM uzun süre, doğrudan anayasanın kendisinden kaynaklanan sınırlar (*Schranken, die sich unmittelbar aus der Verfassung selbst ergeben*) veya “anayasa aracılığıyla sınırlama” (*Begrenzung durch die Verfassung*)²⁸⁹⁰ kavramlarını kullanmıştır. Son zamanlardaki kararlarında ise Mahkeme yeniden “anayasaya içkin sınırlar” terimine

²⁸⁸⁰ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 15; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 42.

²⁸⁸¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 42.

²⁸⁸² *Ibid.*, 4; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 151.

²⁸⁸³ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 102.

²⁸⁸⁴ Vurgu bize ait.

²⁸⁸⁵ Bkz. bu çalışma “İçkin sınır teorileri”.

²⁸⁸⁶ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 102; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 46. Örneğin *Dienstpflıchtverweigerung* kararına dair yorum yazar Graf, FAYM'nin sistematik bir teleolojik yorumlama yoluyla sınırları belirleme eğilimine itiraz etmemekle birlikte, Mahkemenin geliştirdiği sınırlama formülünü (*Schrankenformel*) reddetmek gerektiğini ileri sürer. Graf, “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, 55. Yazar, sınırlara ulaşmanın yolu olarak, tam da Mahkemenin mesafe koymaya çalıştığı bakış açısına, yani GG madde 2/1'e başvurulmasını önerir. *Ibid.*, 56.

²⁸⁸⁷ Vurgu bize aittir.

²⁸⁸⁸ Vurgu bize aittir.

²⁸⁸⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 46.

²⁸⁹⁰ *Ibid.*, 45.

başvurusu²⁸⁹¹. Örneğin, pratik uyuşum kısmında ele aldığımız *Kopftuch* kararında FAYM, yasama organı tarafından, inanç özgürlüğünün “anayasaya içkin sınırları”nın belirlenmesi ve somutlaştırılması gerektiğinden bahsetmiştir²⁸⁹².

FAYM’nin çözüm modelinin, içkin sınırları anayasal hakların *koruma alanında bir daralma* olarak mı, yoksa *anayasal hakların sınırlama düzeyinde sınırlandırılması* olarak mı anladığı sorusunun yanıtı, Mahkemenin önceki kararlarında net değildir²⁸⁹³. Bu ayrıma dair ne FAYM’nin ne de diğer mahkemelerin içtihatlarında terminolojik bir istikrar vardır²⁸⁹⁴. Mahkeme kimi zaman ise kayıtsız anayasal hakların “sınırlarının” (*Grenzen*) ifşa edilmesinden (*Offenlegen*) bahseder²⁸⁹⁵. Bazı kararlarında, anayasal olarak korunan çatışan menfaatleri, temel hakların sınırları (*Grenzen*) olarak anarken²⁸⁹⁶, diğer kararlarda yalnızca sınırlardan (*Schranken*)²⁸⁹⁷ söz eder²⁸⁹⁸. Bazen ise bu iki kavramı aynı anlamda kullanır ki bu da Mahkeme nezdinde, terminolojik farkın önemsiz olduğunu gösterir²⁸⁹⁹. Oysa daha önce ayrıntılarıyla ortaya koyduğumuz üzere, bu iki terim arasındaki farklılık, sorduğumuz sorunun yanıtının da başlangıç noktasını oluşturur²⁹⁰⁰. Genel olarak da anayasal hakların norm yapısına dair anlaşmazlığı yansıtan, özellikle savunma hukuku kapsamında hakların sınırlandırılmasına ilişkin temel sorunların tartışılmasında bir

²⁸⁹¹ *Ibid.*, 46. Stemmler, bu terimin içtihat hukukunda sabit bir terminolojik parametre olarak kabul edilebileceğini varsayar. Stemmler *Ibid.* FAYM “anayasaya içkin sınırlar” (*verfassungsimmanente Schranken*) terimini, ilk kez GG madde 5/3’ün birinci cümlesine ilişkin olarak 1990 yılındaki *Josefine Mutzenbacher* kararında kullanmıştır. BVerfGE 83, 130 (142). Dikkat çeken Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 45.

²⁸⁹² BVerfGE 108, 282.

²⁸⁹³ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 105.

²⁸⁹⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 19-20.

²⁸⁹⁵ BVerfGE 12, 45 (53); BVerfGE 33, 23 (29). Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176.

²⁸⁹⁶ Örneğin BVerfGE 67, 213 (228) (*Anachronistischer Zug*).

²⁸⁹⁷ BVerfGE 77, 240 (251) (*Herrnburger Bericht*): BVerfGE 81, 298 (304 vd.) (*Nationalhymne*).

²⁸⁹⁸ Kararlara dikkat çeken Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 20. Bu iki terim arasındaki farklılığa aynı şekilde, yalnızca “sınırlar” (*Grenzen*) yerine sınır çekme (*Begrenzung*) ve sınırlar (*Schranken*) yerine “sınırlama” (*Beschränkung*) kavramlarıyla birlikte dikkat çeken Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176.

²⁸⁹⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 20, ayrıca *ibid.*, 105.

²⁹⁰⁰ *Ibid.*, 16. Terminolojinin kendi içinde tutarsızlığı için ayrıca bkz. *Ibid.*, 43-44. Biz, bu terimsel ayrımın önemi üzerinde durmuştuk. Bkz. dp. 1303.

terminoloji sorunu vardır²⁹⁰¹. Bu nedenle de kararlarda geçen terimler yazılı olmayan sınırların metodolojik olarak uygulanması konusunda bilgi içermez²⁹⁰².

FAYM çatışma teorisini uygularken içerik açısından da uzun bir süre tutarlı bir çizgiyi yakalayamamıştır²⁹⁰³. Ancak 1992 yılındaki *Fangschaltungen* kararında (İzleme Kararı), ilgili hakların koruma alanlarında daralmaya başvurarak çatışmanın çözülmesine açıkça karşı çıkmıştır²⁹⁰⁴. Mahkemeye göre, hakkın kötüye kullanılmasına hakkın koruma alanındaki daralmalar için değil, ancak hakkın kısıtlanması için haklı bir sebep olarak başvurulabilir. Böylece FAYM'nin geniş kapsam teorisini izlediğini görürüz²⁹⁰⁵. *Fangschaltungsbeschluss* kararından bu yana, içtihadı takip eden literatürdeki hakim görüş FAYM'nin formülünü, "içkin sınırlar"ı yalnızca bireysel durumda, *prima facie* daha geniş kapsamlı hakka müdahalelerin gerekçelendirilmesi olarak sınırlama düzeyinde ele almıştır²⁹⁰⁶.

Fangschaltungen kararının konusu, isimsiz aramalarla taciz edilen kadını kimin taciz ettiğini belirlemek için Federal Alman Postasının (*Deutsch Bundespost*) telefon izleme devresi kurmasına dairdir. Bu yetkiyi veren bir yasal dayanak olmadığı için Mahkeme, mağdurun temelde korunan menfaatlerini (kişilik ve fiziksel bütünlük) korumak amacıyla, taciz edenin telekomünikasyon gizliliğine müdahaleye izin verilip verilmeyeceği sorusuyla uğraşmıştır²⁹⁰⁷. Ancak bu karar, Federal Alman Postasının yani

²⁹⁰¹ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 96; Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 16. Terminoloji üstünde bir uzlaşımın mümkün olmadığı bu durumlarda, içerikle ilgili sorunlara yönelebilmek için Stemmler dar bir terminolojiye yönelmek gerektiği konusunda uyarır. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 16.

²⁹⁰² Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 20. Ayrıca Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176.

²⁹⁰³ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 45, 105.

²⁹⁰⁴ BVerfGE 85, 386 (397). Bkz. Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176.

²⁹⁰⁵ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 106; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176.

²⁹⁰⁶ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 45-46; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 176. Borowski içkin sınırları, sınırlama düzeyinde müdahalenin haklılaştırılması noktasında ele alan yazarların bazılarını sıralamıştır. Bkz. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 73 (dp. 41).

²⁹⁰⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 161-162. Bu kararda Mahkeme yasal dayanaktan feragat edilebilecek şartları sıralamıştır. Olay bazında sıralarsak: 1. İzleme devresi kurulmadan, mağdurun saldırılara karşı savunmasız kalacak olması, 2. Bu devrenin kurulmasının tek olmamakla beraber etkili bir koruma aracı olması, 3. Bu tür tehdit veya taciz aramalarına karşı koruma sağlamak için konuşmaların takip edilmesine izin veren bir yasanın anayasal olarak izin verilebilir olması. Rahatsız eden kişi açısından bakıldığında, bir müdahale için yasal bir dayanak olmadığını, ancak mağdur durumda olanın haklarının tehlikede olduğunu belirten Mahkeme, değerlendirme sonrası mağdurun korunmasına yönelik ihtiyacı vurgulamış ve bu nedenle (rahatsız edenin) hakka müdahale için gerekli olan yasal dayanaktan geçici olarak feragat edilebileceğine hükmetmiştir. BVerfGE 85, 386 (400-401). Bkz.

bir devlet kurumunun işlevselliğini sağlamaya dairdir. Bu nedenle FAYM'nin anayasal hakların çatışması halinde, koruma alanı düzeyinde bir değerlendirmeyi tamamen reddedip reddetmediği açık değildir²⁹⁰⁸. Sonraki zamanlarda FAYM, içsel teori (*innentheorie*) formüleştirmesi anlamına gelecek şekilde temel hakların “içkin bir sınıra sahip olduğu”²⁹⁰⁹ (*eine “immanente Schranke” inne wohnt*), “diğer anayasal normlardan türetilen güvence alanını (...) sınırlayan (*begrenzenden*) anayasal sistematik bir engel (*Hindernis*) olduğu”²⁹¹⁰ gibi terimler de kullanmıştır²⁹¹¹.

1970 yılındaki *Dienstpflichtverweigerung* (Vicdani Ret) içtihadından itibaren, Mahkemenin genellikle geniş kapsam teorisini benimsediği görülür. Ancak yukarıda ayrıntılarıyla yer verdiğimiz üzere, Mahkemenin dar kapsam teorisi anlayışına daha yakın kararları da vardır²⁹¹². Fakat sonrasında FAYM, bu yaklaşımdan uzaklaşmış ve temel olarak dışsal teori modeline yani koruma alanı ile sınır arasındaki metodik farklılaşmaya ve ayrıca belirli bir kapsam ve sınırlama değerlendirmesine dayanan bir içtihat oluşturmuştur²⁹¹³.

FAYM'nin *Vicdani Ret* kararında ortaya koyup sürdürdüğü çatışma çözüm formülünün, anayasal hak çatışmalarına uygulanacak, Anayasadan türetilmiş²⁹¹⁴, yazılı

Martin, *Grundrechtskollisionen*, 162. Ancak Mahkeme bu noktada yasama organının bir an önce gerekli koruyucu düzenlemeleri yaparak, anayasaya uygun durumu yaratma yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 162 (dp. 821).

²⁹⁰⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 106. İlk zamanlarda içsel bir teorik yaklaşımı takip eden FAYM, 1952 yılındaki bir kararda, kişi özgürlüğü hakkının (GG madde 2/2 ve 104/1 bağlamında), özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin kanuna uygun olarak verilen yargı kararı ile baştan itibaren sınırlı (*begrenzt*) olduğunu belirtmiştir. BVerfGE 1, 418 (420) (*Ahndungsgesetz*). 1954 yılındaki kararında, kişiliği geliştirme hakkının (GG madde 2/1) “başlangıçtan itibaren ancak başkalarının haklarını ihlal etmediği ve anayasal düzeni veya ahlak yasasını ihlal etmediği takdirde mevcut” olduğunu belirtmiştir. BVerfGE 4, 7 (15). Hatta içkin sınır teorileri kapsamında görüşlerini ele aldığımız von Hippel'in değindiği *Apotheken* (Eczaneler) kararında Mahkeme, “temel hakkın zaten içinde yer alan sınırları (*Grenzen*) belirlemesi”nden yasa koyucunun yetkisi (*gesetzgeberische Befugnis*) olarak bahseder. BVerfGE 7, 377 (404). Dikkat çeken Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 107.

²⁹⁰⁹ BVerfGE 39, 334 (367) (*Extremistenbeschluss*).

²⁹¹⁰ BVerfGE 33, 23 (31).

²⁹¹¹ Kararlara dikkat çeken Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 107.

²⁹¹² *Ibid.*, 106.

²⁹¹³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 107. Bkz. BVerfGE 32, 54 (72) (*Betriebsbetretungsrecht*).

²⁹¹⁴ Bu türetmeye dikkat çeken ayrıca Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 112. Kimi kararlar; BVerfG 28, 243 (261); BVerfGE 83, 130 (139-140).

olmayan, anayasal hakları *sınırlama klozu*²⁹¹⁵ olduğu ortadadır²⁹¹⁶. Hatta Hess, anayasal hakların çatışması durumunda, anayasal normla çatışan başka bir anayasal norma dayanılmasının, özellikle sınırlama dogmatığı ile ilgili olduğuna ve çatışan anayasal hakkın -dayanağını anayasanın birliği ilkesinden alan-²⁹¹⁷ sınırlayıcı etkisine dikkat çeker²⁹¹⁸. En azından kayıtsız anayasal haklar için kullanılabilen soyut ve yazılı olmayan bir sınırlama kuralı olarak geliştirilebilecek bu sınırlamalar, sistematik-mantıklı sınırlama kayıtlarıdır²⁹¹⁹.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan, içkin sınırların Anayasanın kendisinden çıkarıldığı rahatça anlaşılabilir. Ancak bu ipuçlarına rağmen, sınırlama klozunun meşruluğu konusunda problem vardır. FAYM'nin çözüm modeliyle ilgili ortaya çıkan bu sorun, anayasal haklara sınırlama imkanı getirme gerekçesine dairdir. Buna göre anayasal hak sınırlamalarını meşrulaştırmak için hangi anayasal hükümlerin kullanılabileceği açık değildir²⁹²⁰. Bu nedenle FAYM'nin sınırlama klozunun hukuki dayanağını aramak gerekir.

3. İçkin Çatışma Sınırlarının Meşruluğu

Ne kayıtsız temel hakların niteliği ne de “anayasaya içkin sınırların” gerekçesi ve kökeni nettir. Anayasa koyucunun, anayasadaki yasa kayıtlı temel hakların aksine, bazı temel hakları kayıtsız güvence altına alarak devlet iktidarına, özellikle de yasama organına bu temel haklara müdahale etme yetkisi *vermediği* ileri sürülebilir²⁹²¹. Bu nedenle içkinlik doktrininin, anayasal hak çatışmalarını çözmenin anayasaya uygun bir yolu olarak kabul edilmesi, kendisine anayasada ne ölçüde dogmatik olarak yeterli bir temel bulunduğu bağlıdır²⁹²².

²⁹¹⁵ Vurgu bize aittir.

²⁹¹⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 188. Nitekim Hesse'nin ileri sürdüğü pratik uyum da, anayasal hak çatışmalarına kapsamlı ve tutarlı bir çözüm üretme amacı taşıyan bir tür genel sınırlama klozu ikamesidir. Marauhn ve Ruppel, “Balancing Conflicting Human Rights”, 276, 280.

²⁹¹⁷ BVerfGE 30, 173 (193). Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 9.

²⁹¹⁸ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 112.

²⁹¹⁹ *Ibid.*, 113.

²⁹²⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 112.

²⁹²¹ Josef Hofmann, “Kunstfreiheit und Sacheigentum Bemerkungen zum ‘Sprayer’- Beschluss des BVerfG”, *NJW*, no. 5 (1985): 242; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 120.

²⁹²² Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 92.

Kayıtsız anayasal hakların sınırları, yalnızca anayasada belirlenebilir²⁹²³. Çatışmadan doğan sınırlılık, özünde, başkalarının anayasada pozitifleştirilmiş temel haklarının etkilenmesine dair bir sorundur. İçkin sınırların gerek kapsamı gerekse de amacı, yalnızca anayasa tarafından belirlenebilir²⁹²⁴. Bu yönüyle de çatışmadan doğan sınırlılık, anayasada temelini bulamayan tüm içkinlik doktrinlerinden ayrılma anlamına gelir²⁹²⁵. Anayasa koyucu, olağan kanunla sınırlandırılması gerektiğini düşündüğü anayasal haklar için basit veya nitelikli bir yasal kaydı öngörecektir²⁹²⁶. Kayıtsız anayasal haklar ise, yalnızca anayasal düzeyde eşit düzeydeki normlarla veya anayasal statüdeki hukuki çıkarlarla, yani doğrudan anayasanın kendisi tarafından veya anayasal bir yetkilendirme temelinde sınırlandırılabilirler²⁹²⁷. Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği, anayasanın dayandığı bir değeri belirtmediği sürece, bir hak kanunla sınırlanamaz²⁹²⁸.

Yine de yazılı olmayan anayasal hak sınırlara ilişkin birçok sorun ortaya çıkar²⁹²⁹. Anayasal haklara içkin sınırların, müdahale gerekçesi olarak ileri sürülmesi tek başına, çatışan (kayıtsız) temel hakların koruma alanlarını kurucu bir şekilde *daraltılıp daraltılmadığı veya yalnızca sınırlama düzeyinde temel hakların ihlali için bir gerekçe olarak mı yürürlüğe girdiği* sorusuna yanıt vermez²⁹³⁰. Bununla bağlantılı olarak, sınırlama imkanının anayasanın kendisinden mi kaynaklandığı, yoksa anayasa ile meşrulaştırılabilecek bir yasa aracılığıyla mı gerçekleştirilmek zorunda olduğu sorusu ortaya çıkar. Bu ise içkin sınırları belirleme yetkisinin, kimde olduğu sorusuyla doğrudan bağlantılıdır. Bu yetki sadece yasa koyucuya mı aittir, yoksa idarenin ve yargının yetkisinden de söz edilebilir mi?²⁹³¹ Tüm bu soruların yanıtları, içkin sınırlar olarak başkalarının çatışan haklarının hukuki niteliğinin nasıl değerlendirildiğine göre değişecektir²⁹³².

²⁹²³ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 104; Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 133. Hess'in belirttiği üzere, "içkin sınırlamanın (*immanenten Begrenzung*) norm-kuramsal (*normtheoretischen*) temeline bir bakış, sadece bu normların Anayasanın kendisinde ortaya konan temel hakları sınırlayabildiğini açıklığa kavuşturmaktadır." *Ibid.*

²⁹²⁴ Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 133.

²⁹²⁵ *Ibid.*, 105.

²⁹²⁶ *Ibid.*, 104-105.

²⁹²⁷ *Ibid.*, 105.

²⁹²⁸ *Ibid.*

²⁹²⁹ *Ibid.*, 5.

²⁹³⁰ *Ibid.*, 105, ayrıca 5, 32, 132.

²⁹³¹ *Ibid.*, 120.

²⁹³² Blaesing, "Grundrechtskollisionen", 132.

Çatışma çözümünde kimin, ne kadar yetkili olduğu sorusunun yanıtı, aslında “başkalarının çatışan haklarının” hukuki niteliğinin ne olduğuna dair iki farklı yaklaşım ile şekillenir. İlk yaklaşımda, “başkalarının çatışan hakları” belirli davranışları, en başından itibaren anayasal hakların korumasının dışında bırakan, “*a priori* olgusal bir sınır” (*apriorische Tatbestandsgrenze*)²⁹³³ olarak kabul edilir²⁹³⁴. İkinci yaklaşım ise “başkalarının haklarını”, “ölçülülük sorunları bağlamında yapılandırıcı bir dengeleme unsuru” (*Verhältnismässigkeitsfragen*)²⁹³⁵ olarak ele alır ve bu nedenle FAYM ve “anayasaya içkin sınırlar” doktrini ile bağlantılı olarak sürdürdüğü “çatışma çözümü”nü²⁹³⁶ takip eder²⁹³⁷. Bu yaklaşımın ilki, başkalarının çatışan anayasal haklarını, diğer hakkın “sınırı” olarak kabul ederken; ikincisi ise “sınırlama” olarak kabul eder. Aşağıda bu iki yaklaşımı biraz daha ayrıntılı şekilde ele alacağız.

4. Başkalarının Çatışan Haklarının Hukuki Niteliği: Sınır mı Sınırlama mı?

Öncelikle, “başkalarının hakları” ile kastettiğimiz, anayasal olarak korunan haklar olduğunu belirtelim²⁹³⁸. Zaten değerlendirdiğimiz de *anayasadan* kaynaklanan bir sınırlılık/sınırlama halidir. Tabii ki bu noktada, kişinin anayasa altı hukuk tarafından açıkça korunan haklarının, anayasal haklara kadar uzanabileceğinin farkında olmak gerekir²⁹³⁹.

Anayasal hakların çatışmasına ilişkin ana mesele, iki noktada dönüp durur: Anayasal hakkın koruma alanına *a priori* sınır çizerek koruma alanını önceden daraltmak yani belirlemek mi, yoksa sınırlama düzeyinde haklılaştırmayı gerektiren etkiler ile çatışmayı çözmek mi?²⁹⁴⁰ Bu yalnızca teorik bir soru değildir. Esasen kapsama ilişkin tartışmaya dair olan bu soruyu yanıtlamak, bireysel vakalarda temel hakların “anamlı” bir incelemesi için gereklidir²⁹⁴¹. Eğer ilgili davranışın hakkın koruma alanına girmediği

²⁹³³ “ ‘Neminem laedere’ emri, özgürlük haklarının *a priori* sınırınıdır. Bir başkasının temel olarak korunan hukuki menfaatlerini, yaşam, sağlık, mülkiyet, kişinin özgürlüğünü ihlal etme konusunda temel bir özgürlük yoktur.” Isensee, Diskussionsbeitrag, in: Essener Gespräche zu Thema Staat und Kirche 22 (1988), s. 148 (150)’den aktaran Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 15 (dp. 84).

²⁹³⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 14-15.

²⁹³⁵ Bkz. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 44.

²⁹³⁶ Bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 48.

²⁹³⁷ *Ibid.*, 14-15.

²⁹³⁸ Bkz. *Ibid.*, 235; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 100.

²⁹³⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 235-236. Bunu, anayasal hakların özel hukuka etkisini açıklarken yeterince ayrıntılandırdığımızı düşünüyoruz.

²⁹⁴⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 15.

²⁹⁴¹ *Ibid.*, 6.

kabul ediliyorsa, hakkın güvenlik mekanizmalarına başvurulmadan, ilk aşamada nihai sonuca varılacaktır. Davranışın hakkın korumasından yararlanma ihtimali varsa, yani koruma alanı açılmışsa, bu durumda da daha ileri aşama olarak sınırlama düzeyinde gerekçelendirme (koruma alanına tecavüz ve anayasal gerekçelendirme) gerekecektir²⁹⁴².

a. Birinci Görüş: Koruma Alanı Sınırı Olarak Başkalarının Hakları

Bu görüş, anayasal hakların çatışması durumunda başkalarının (üçüncü tarafların) haklarıyla çatışan faaliyetlerin, ilgili anayasal hakkın korunması dışında kalacağını savunur²⁹⁴³. Bu görüş, sistematik ve amaçsal yoruma bakarak, anayasal hakların çatışması durumlarında, birbirlerini etkilediği ve birbirinin yazılı olmayan sınırını temsil ettikleri²⁹⁴⁴ düşüncesine dayanır²⁹⁴⁵. Sonuç olarak, başkalarının temel haklarını korumaya yönelik devlet önlemlerinin, anayasal hakların doğası gereği (içkin) sınırlanmış anayasal güvencelerin koruma kapsamını etkilemediği kabul edilir. Bu durumda, bu devlet önlemleri yani anayasal hak somutlaştırmaları koruma alanları(nın) teknik içerik hükümleri olarak, müdahale oluşturmayacaklar, sadece içeriği açıklığa kavuşturma işlevine sahip olacaklardır²⁹⁴⁶.

Bu görüş, temel hakların (içkin) sınırlarına dair sorunu, korunan bir menfaatin neyden korunduğunu bağlamında değerlendirmez. Daha ziyade, belirli davranışların korunmaya değer öğeler olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini, yani koruma alanı kapsamına dahil olup olmadıklarını değerlendirir²⁹⁴⁷. Buradaki asıl soru, “belirli davranışları sınırlamak için mevcut sınırlama sisteminin dışında, ihtiyaçlar ve olasılıklar olup olmadığı sorusudur”²⁹⁴⁸. Böylece hangi koşullar altında hakkın koruma alanının daraltılacağı veya korumanın sağlanmayacağı değerlendirilir²⁹⁴⁹.

²⁹⁴² *Ibid.* Kapsam teorileri açısından ayrıca bkz. *Ibid.*, 86.

²⁹⁴³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 61; Bkz. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 90. Benzer yönde Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 459.

²⁹⁴⁴ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 132. Ayrıca bkz. Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 212; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 179.

²⁹⁴⁵ Bu nedenle de bu görüş, “sınırların” sınırlayıcı etkisinin, anayasadan kaynaklandığına dair FAYM’nin çatışma modelinin temel bir ifadesi olduğu iddiasındadır. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 120.

²⁹⁴⁶ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 134; 160; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62. Ayrıca bkz. Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 219-221; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 180.

²⁹⁴⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 32-33.

²⁹⁴⁸ *Ibid.*, 36.

²⁹⁴⁹ *Ibid.*

Başkalarının çatışan haklarını, koruma alanı sınırı olarak kabul eden görüşe göre, bir anayasal hakkı ihlal eden hakkın kullanılması, doğrudan bu ihlal nedeniyle kabul edilemez bulunur²⁹⁵⁰. Bu nedenle yasal bir temel olmaksızın ve sınırlar için haklılaştırma gerekliliklerine uymadan devlet tedbirlerine başvurulabilir²⁹⁵¹. Bireysel davalarda anayasal hakların koruma alanlarına, başkalarının çatışan anayasal haklarıyla sınır çizilir²⁹⁵². Böylece çözüm, koruma alanında oluşur ve koruma alanları anlamında anayasal hak çatışmasından bahsedilemez. Örneğin, bir özgürlük güvencesi yorumlanırken anayasanın genel bağlamında yer aldığı için, ifadenin önerdiğinden daha dar sınırlara tabi olduğu ortaya konduğunda, bu sistematik daraltma esasen özgürlük güvencesinin yazılı olmayan özüne ait²⁹⁵³, yani ona içkin²⁹⁵⁴ kabul edilecektir.

Peki, birinci görüşe göre anayasal hakkın somutlaştırılması ne şekilde tezahür eder? İçkinlik (*Immanenz*) teorisinin öne sürdüğü anayasal hak sınırlamaları, ne yasama organının ne de yasayla açıkça yetkilendirilmiş başka herhangi bir egemen gücün, herhangi bir anayasa altı normunu gerektirmez²⁹⁵⁵. Hakkın koruma alanının genişliğini belirlemek, yani somutlaştırmak için suç tiplerine başvurulur. Örneğin hakaret, ifade özgürlüğünün; eşyalara zarar verme, barışın ihlali veya özgürlük gaspı, toplanma özgürlüğünün dışında kalır²⁹⁵⁶. Dolayısıyla ceza hukuku hükümleri, polis yasalarındaki

²⁹⁵⁰ *Ibid.*, 120.

²⁹⁵¹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 160-161; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62.

²⁹⁵² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 61.

²⁹⁵³ Haerberle'nin bu yöndeki görüşlerine de ayrıntılarıyla yer vermiştik. Bkz. Haerberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 51 vd. Burada Blaesing'in başkalarının haklarını, *Schranken* olarak değil de, *Grenzen* olarak gördüğüne dikkat etmek gerekir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 103.

²⁹⁵⁴ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 103. Terminolojik olarak bakarsak, bu görüşte, daha önce vurguladığımız *Grenzen* ile *Schranken* arasındaki ayrım konusunda sorunlara rastlarız. Birinci görüşün dayandığı zemin olan “(anayasaya) içkin sınırlar” kavramı, temel hakların özünde ve en başından itibaren doğasında var oldukları fikrine dayanır. Öyleyse bu görüşe göre içkin sınırlar, koruma alanına aittirler ve bir nevi (*quasi*) negatif kapsam unsurlarıdır. Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 10; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 43. Ancak çalışmamızın başka yerlerinde de belirttiğimiz gibi terimin genel anlamına bakarsak, açıkça belirtilen kapsam özelliklerini “anayasal haklara içkin sınırlar” (*grundrechtssimmanente Grenzen*) olarak anlamak daha doğru olacaktır. Bkz. bu şekilde kullanılan Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 139-140 (para. 310); Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 43.

²⁹⁵⁵ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 160. Hatta bu yaklaşım, temel hak çatışmalarını, yasal hükümlere bakmaksızın *ad hoc* çözebilmeyi bir avantaj olarak sunar. Elbette mevcut yasal düzenlemeler göz ardı edilmeyecektir. *Ibid.*, 159.

²⁹⁵⁶ *Ibid.*, 170; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62. Örneğin, hayvan kürklerinin üretimiyle mücadele amacıyla yapılan bir toplanma özgürlüğü ile bunun gerçekleştirildiği kürk mağazasının sahibinin çalışma hakkı arasındaki bir çatışmayı ele alan Avusturya Anayasa Mahkemesi, çıkarların uzlaştırması yoluna gitmiş, yani bireysel duruma göre değerlendirme yapmıştır. Ancak şu var ki Mahkeme yukarıdaki açıklamalarımızı teyit eder şekilde “toplama özgürlüğünün üçüncü tarafa yük

düzenlemeler vb. düzenlemeler, bizzat anayasanın öngördüğü hakların çatışma sınırlarını belirler ve içkin çatışma sınırlarının somutlaştırılması olarak anlaşılır. Bunlar, hakkın üzerindeki gerçek, *kurucu* sınırlamalar değil, her anayasal hakkın doğasında bulunan ve dolayısıyla kriterleri anayasanın kendisi tarafından belirlenmiş “içerik belirlemeleri” olarak başkalarının karşıt haklarının sınırını, yani hakkın koruma alanını tanımlayan *açıklayıcı*²⁹⁵⁷ işleve sahiptirler²⁹⁵⁸.

Hakka sınır çizilmesini bir müdahale değil, somutlaştırma olarak gören bu görüş, yasa kaydı olmaksızın idare veya yargının bu sınırları uygulamasını kabul ettiği için “yasa kaydı” ilkesinin aşıldığı eleştirisini kabul etmez²⁹⁵⁹. Devletin özgürlük garantilerini kısıtlayan tüm külfetli tedbirleri, bir diğer ifadeyle müdahalesi yasal bir dayanak gerektirir. Bu, yürütme ve yargı için bağlayıcı ölçüyü belirler²⁹⁶⁰. Bununla birlikte, içkinlik doktrini aracılığıyla, bu olgusal karar nihayetinde yargıya ve yargı tarafından kontrol edilen idareye²⁹⁶¹ devredilir²⁹⁶². Burada anayasanın istemediği bir güç artışının devlete verildiği de kabul edilmez²⁹⁶³.

Bu görüş, kendisine yöneltilen, kanunla veya kanuna dayanarak sınırlandırma şartı (GG madde 19/1) ve kuvvetler ayrılığı ilkesi göz önünde tutulduğunda, temel hakların içkin çatışma sınırlarını somutlaştırmak için içtihat ve yürütme karşısında doğrudan demokratik olarak meşrulaştırılmış yasama organının ayrıcalığına yol açtığı, eleştirisinin de farkındadır. Bununla beraber, içkin sınırları yasama organının somutlaştırması olarak gören bu görüşe göre, yasama organı en azından sonradan, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilme yani onanmama tehlikesi altındadır²⁹⁶⁴.

verecek şekilde kötüye kullanılmasına izin vermediğini” vurgulamıştır. VfSlg 18.691/2008, ÖZW 2010, S. 50’den belirten Eberhard, “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”, 311-312.

²⁹⁵⁷ Cümle içindeki vurgular bize aittir.

²⁹⁵⁸ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 158, 160, 170; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 62. Ceza hukukunda anayasal hak çatışmalarına ilişkin olarak özellikle Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 168 vd., 133, 134. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 120-121.

²⁹⁵⁹ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 159-60.

²⁹⁶⁰ Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 98; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 160.

²⁹⁶¹ Blaesing’e göre, “yargı ve idare, yasama organının harekete geçmesini beklemek zorunda kalırsa, ki bu hantal usul kurallarının bir sonucu olarak, halihazırda ortaya çıkmış bir çatışma durumunun çözümüne artık genellikle katkıda bulunamaz, bu yalnızca her iki çatışan hakkın pahasına gerçekleştirilebilir. Böylece, içkin teoriyle kaçınılması gereken olumsuz sonuç ortaya çıkar: En az bir özgürlük hakkı kullanılabilmesine rağmen, temel hakların çelişen uygulamaları birbirini ortadan kaldırır”. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 159. Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 2955.

²⁹⁶² *Ibid.*, 160; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit*, 98.

²⁹⁶³ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 135.

²⁹⁶⁴ *Ibid.*, 158; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 702.

Yine bu görüşe göre, çatışma nedeniyle koruma alanındaki bu sınırların kendiliğinden değil, yasa koyucunun belirlemesiyle görünür hale geldiğini unutmamak gerekir²⁹⁶⁵. Hatta bu görüşün de, koruma alanını yasa ile bir belirlemeyi veya “etkinleştirmeyi”, yani “normatif çerçeve” (*normative Konturierung*) ile görünür kılmasını araması dikkate alındığında, bu görüşle aşağıda ele alacağımız görüş arasındaki farklılıkların çok da büyük olmadığı ve hatta neredeyse terminolojik terimlere yansıtılan farklar olduğu savunulur²⁹⁶⁶.

Eğer birinci görüşü takip edersek; bu yetkisizlik yasama organının temel haklara yönelik bir ihlal şeklinde kurucu bir sınır oluşturmasını önleyecektir. Yasama, kayıtsız temel hakların düzenleyici alanında, yalnızca beyan edici bir şekilde hareket edecektir²⁹⁶⁷. Bu da yasa koyucunun, anayasal gerekçelendirmeyi ve sınırların koruyucu etkisini dikkate almak zorunda olmadan, düzenlemeleri yürürlüğe koyması ve davranışları yaptırıma bağlaması anlamına gelecektir. Bu tür bir “temel haklar somutlaşması”, klasik bir müdahalede olduğu gibi, temel hakların doğru bir şekilde uygulanmasını adli olarak denetlemeyi olanaksız kılacaktır²⁹⁶⁸. Bunun sonucunda ise temel hak korumasının aşınma tehlikesi ortaya çıkacaktır²⁹⁶⁹. Dolayısıyla bu görüşe göre yasal düzenlemelerle hakkın koruma kapsamının tanımlanması, sonrasında yasal dayanağın koruma alanında yorumlanması ile sonuçlanabilir ki bu da anayasa ile kanun arasındaki hiyerarşiye aykırılık oluşturabilir. Zira yasamanın anayasadan talimat alması gerekirken, süreç, anayasada düzenlenmiş bir temel hakkın kapsamı için adeta yasamadan talimat almaya dönüşebilir²⁹⁷⁰.

Biz kapsam teorilerini karşılaştırdığımız yerde, hakların yapısına uygun olarak geniş kapsam teorisinin takip edilmesi gerektiğini²⁹⁷¹ söylemiştik. Gellermann’ın açıkça belirttiği üzere: “Üçüncü şahısların çatışan temel haklarının fiili düzeyde zaten sınırlayıcı

²⁹⁶⁵ Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 224; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 182-183.

²⁹⁶⁶ Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 207, 222 vd.; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 184. Ayrıca bkz. Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 701-702.

²⁹⁶⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 120.

²⁹⁶⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 76-77.

²⁹⁶⁹ *Ibid.*, 77.

²⁹⁷⁰ *Ibid.*, 76. İçkin sınır teorilerinin anayasanın hiyerarşik üstünlüğüne dair sorunlu yönlerini özellikle Haerberle’nin genel yasalar kaydı teorisini ele alırken ayrıntılandırmıştık. Bkz. ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 59.

²⁹⁷¹ Bu noktada *prima facie* hak ile kesin hak kapsamı şeklinde bir ayırım yapmadığımızı da şerh düşmüştük.

etkileri olsa bile, bu, koruma konusunun yani koşulsuz temel hakların, başlangıçtan itibaren yalnızca çatışan garantilerin izin verdiği kadar genişlediği anlamına gelmez²⁹⁷². Bu noktada, bir yapı teorisi olarak geniş kapsam anlayışının avantajlarını sayan Stemmler'in sorduğu soruya dikkat çekelim: “Peki, geniş kapsam teorisi istisnasız olarak mı takip edilecek?”²⁹⁷³

Geniş kapsam teorisinin dar kapsam teorisiyle karşılaştırdığımız ve avantajlarını saydığımız yerde, istisnai olarak dar kapsam teorisini kabul ettiğimizi belirtmiştik. Bu tür durumlar için, başkalarının çatışan haklarını sınır olarak kabul eden bu görüşü ve dolayısıyla bu görüşle beraber gelen yetkiye dair sonuçları kabul ediyoruz. Örneğin, insan onurunu ihlal eden davranış, temel hakkın koruma alanı dışında kalacaktır²⁹⁷⁴. İşkencenin veya yaralamanın suç olarak düzenlenmiş olması artık yasa koyucu için anayasal hakkın kapsamını açıklayıcı bir işlemdir. Burada sınırlamadan değil, bir sınır göstermeden bahsedilir.

Yasalar, anayasal sınırlama gerekliliklerine (örneğin Türk Anayasası madde 13, İsviçre Anayasası madde 36 ve Almanya Anayasası madde 19) uyarak anayasal hakları sınırlamayı meşrulaştırma görevine sahiptirler. Hakkın norm alanı daraltılarak, temel hak çatışmalarını sınırlama düzeyinde çözme yetkisi için yasal dayanağa ihtiyaç vardır. Ancak koruma alanında daraltma kabul edildiğinde, yasal dayanağı tetiklemek için bir müdahale eksikliği nedeniyle, sınırlama düzeyinde inceleme sağlanamayacaktır²⁹⁷⁵. Dolayısıyla, dar kapsam teorisi altında kabul ettiğimiz durumlar dışında, bizce ceza yasası ve kolluk (*polizeilich*) normları gibi çatışan hakların sınırlarını çizen normlar, sınırlama normları olarak görülmelidirler²⁹⁷⁶. Örneğin Blaesing hakaretin suç sayılmasını açıklayıcı bir belirleme işlemine örnek olarak gösterse de ifade özgürlüğü (ve toplanma özgürlüğü), başkalarının çatışan haklarını korumaya hizmet edip bu prosedürü haklı çıkaran spesifik ceza normları olmadan²⁹⁷⁷, beklenen ifadelerin içeriğine dayanarak sınırlanmamalıdır²⁹⁷⁸.

²⁹⁷² Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 221.

²⁹⁷³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 92.

²⁹⁷⁴ *Ibid.*, 250.

²⁹⁷⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 77.

²⁹⁷⁶ *Ibid.*

²⁹⁷⁷ Bkz. BVerfGE 111, 147 (155).

²⁹⁷⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 77.

Yukarıdaki tartışmada ortaya koyduğumuz üzere, çatışan anayasal hakkın bir sınır değil de sınırlama olduğu²⁹⁷⁹ ve yasa kaydına tabi anayasal haklara müdahale için dahi kanuni dayanak gerektirdiği göz önünde tutulduğunda, kayıtsız anayasal haklar için hiçbir şekilde daha düşük bir koruma kabul edilemez. Bu nedenle temel hakka müdahalenin, başkalarının çatışan hakları nedeniyle de olsa –yasa kayıtlı anayasal haklarda olduğu gibi– yasal bir dayanak gerektiği evleviyetle (*Erst-Recht-Schluss*) söylenebilir²⁹⁸⁰. Eğer bu şekilde kabul edilmezse, genel yasaya yönelik sınırlama sınırlarının (*Schranken-Schranken*) kayıtsız anayasal haklar için uygulanması da mümkün olmaz. Oysa çatışmadan dolayı hakkın sınırlanmasının, bununla paralel şekilde sınırlama sınırlarına tabi olması gerekir²⁹⁸¹. Kayıtsız anayasal hakkın sınırlanması için de yasal bir dayanak gerekmesiyle bu bağlamda ilgili hakkın nitelikli kayıtsızlığından (*qualifiziert vorbehaltlosen*) bahsedilebilir²⁹⁸². Böylece bu nitelikli gereklilik ile kayıtsız anayasal haklara daha fazla koruma sağlanmış olur²⁹⁸³.

(Gerçek) temel hak çatışması, mutlaka başlangıçta hakkın koruma alanında olan ve dolayısıyla henüz çatışma çözülmeden koruma alanının dışında olmayan bireylerin çelişkili hukuki konumlarının olduğunu varsayar²⁹⁸⁴. Bireysel davada, çatışan çıkarların tartımına dayanan FAYM'nin çatışma çözüm modeli, bir çatışmanın olması gerekip gerekmediğini değinmekten ziyade, çatışmanın olduğunu varsayar. Bu model, çatışan hakların her zaman başlangıçta koruma alanında kabul edilmesini mantıksal olarak gerektirir. Yoksa ortada çözülecek bir çatışma kalmazdı²⁹⁸⁵. Anayasal hak çatışması olarak ele alınan bir gerilim sorunu sözde bir sorun olarak kalır ve nihayetinde zorunlu

²⁹⁷⁹ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 113 (dp. 108). Başkalarının haklarını sınırlama gerekçesi olarak ele alan görüşü değerlendirirken göreceğimiz üzere, içkin sınırların somutlaştırılması, esasen yasa kayıtları temelinde oluşturulan kurucu sınırlamaya, yani sınırlama maddelerine benzer. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 122. Dolayısıyla yasamanın, bu içkin sınırları "izlemesi" kurucu bir etkiye sahiptir. *Ibid.*, 124. *Kopftuch-Urteil* (Başörtüsü kararında) FAYM de bunu teyit etmiştir. *Ibid.* (dp. 741).

²⁹⁸⁰ Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 113 (dp. 108); Pieroth ve Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 76. Para. 333; Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 121. Ayrıca Kaerkes, "Die vergessene Schranken-Schranke der Kunstfreiheit", 398. Nitekim teorik olarak kayıtsız anayasal hakların sınırlandırılmasına dair meşruluk çemberi, yasa kaydı içeren anayasal haklara nazaran çok daha dardır. Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 105.

²⁹⁸¹ Kaerkes, "Die vergessene Schranken-Schranke der Kunstfreiheit", 399.

²⁹⁸² *Ibid.*, 398.

²⁹⁸³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 54.

²⁹⁸⁴ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 182.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, 111.

olarak, burada bir çatışma olmadığı tespitiyle sonuçlanırdı²⁹⁸⁶. Öyleyse çatışma teorisinin uygulanması için kapsamın geniş anlaşılması gerekir²⁹⁸⁷. Çatışmayı bu şekilde değerlendiren yaklaşım ise, aşağıda ele alacağımız, başkalarının haklarını sınırlama gerekçesi olarak kabul eden görüştür.

b. İkinci Görüş: Sınırlama Gerekçesi Olarak Başkalarının Hakları

Teorik temelini geniş kapsam teorisinin oluşturduğu bu görüş²⁹⁸⁸, müdahalenin yoğunluğu ve tartım sürecinin sonucu açık olsa bile, başkalarının anayasal haklarını katiyen koruma alanı düzeyinde daraltma oluşturacak içkin sınır olarak kabul etmeyip, ancak hakkı sınırlama gerekçesi olarak kabul eder²⁹⁸⁹. Başkalarının hakları yalnızca hakkın kısıtlanmasını değerlendirirken dikkate alınacak bir faktördür²⁹⁹⁰. Bu görüş, belirli davranışları en başından itibaren hakkın koruma alanından dışlamayı haklı kılan hiçbir kriteri kabul etmez²⁹⁹¹.

Biz *istisnasız* bir geniş kapsam teorisini ve başkalarının haklarının her durumda *yalnızca* bir kısıtlama gerekçesi olarak *kabul etmediğimizi*, kapsam teorilerini karşılaştırırken ayrıntılarıyla anlattık. FAYM'nin de anayasal haklar için (yazılı olmayan) kısıtlamaları haklılaştırmak için başvurduğu çatışma teorisi yerine, dar kapsam teorisini izlediği kararlarına değindik. Bu da ayrıntılarıyla açıkladığımız çatışma teorisinin, Mahkemenin izlediği tek çözüm yöntemi olmadığını gösterir²⁹⁹².

Bizce çatışmadan kaynaklanan içkin sınırın sabit olarak belirlenip belirlenemeyeceğinin tespiti, izlenecek kapsam teorisi bakımından önemli bir kriterdir. Örneğin, hakkın “araçsallaştırılması”nın mevzubahis edileceği, yani dar kapsam teorisinin uygulanabileceği yerde sabit bir içkin sınır vardır. Yalnız bu tür kriterlerin uygulanabileceği durumlar anayasal hak çatışmaları konusunda küçük bir alanı kapsar. Çatışma durumunda birbirine sınır çizecek olan çatışan anayasal hakların, bu sınırı nereden çizecekleri, çoğunlukla belli değildir. Dolayısıyla burada “sabit” bir sınır değil “oynak” bir sınır vardır. Bunun için mecburen, ilgili durumun gerekçelendirme düzeyinde

²⁹⁸⁶ Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 221, 222; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 182.

²⁹⁸⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 111.

²⁹⁸⁸ *Ibid.*

²⁹⁸⁹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 88.

²⁹⁹⁰ *Ibid.*

²⁹⁹¹ *Ibid.*, 111, 138.

²⁹⁹² *Ibid.*, 111.

dikkate alınmasını gerektiren geniş kapsam teorisini izlemek gerekir. Bu noktada “oynak” bir sınırın hala “içkin” bir sınır olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği akla gelebilir. Bizce burada çatışan haklara içkin sınır olma niteliğini kazandıran, bir çatışma durumunda “her an böyle bir sınırın çizilebileceğinin” kabul edilmesidir. Bu da, hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğin sağlanması için çatışma halinde koruma alanlarının genel ve soyut olarak tanımlanamamasını, somut vakaya göre belirlenmesini gerektirir²⁹⁹³.

Bu yaklaşımda çatışan haklar belirli davranışların hakkın koruma alanından *a priori* dışlanmasıyla değil; ancak gerekçelendirme düzeyinde bir çatışma çözümüne yol açar²⁹⁹⁴. İçkin sınırlar, ölçülülük ilkesine dayalı genel bir tartım kuralının yöntemsel olarak uygulanmasıyla belirlenir. Bu sayede, somut duruma göre hangi hukuki çıkarların veya hangi anayasal hükmün belirli bir özel durum için daha yüksek ağırlığa sahip olduğu ve daha zayıf normun yalnızca mantıksal ve sistematik olarak gerektiği kadar geri çekileceği belirlenir²⁹⁹⁵.

Yukarıda çatışmayı çözme yetkisinin hangi organa ait olduğunun, bir diğer deyişle yetki sorununun, başkalarının haklarının hukuki niteliğine bağlı olarak değiştiğini belirttik. Bu yöndeki iki yaklaşımı ele alıp ikincisini benimsediğimize göre, artık bu görüşe göre “hakların çatışmasının çözümünden tek bir kurum mu sorumludur?”²⁹⁹⁶ veya “çatışmayı hangi organ çözecek?” sorularını sorabiliriz.

Yasa koyucu ve diğer hukuki otoriteler farklı işlev ve prosedürleri nedeniyle, çatışmaları farklı şekilde ele alırlar. Bu nedenle, bunların hem birbirinden hem de anayasa

²⁹⁹³ *Ibid.*, 183; Britz, “Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen”, 36; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 65-66; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 205; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 709. Eğer anayasaya içkin sınırlar, koruma alanının sınırları olarak kabul edilirse, bu alanın içinde veya dışında olma durumu söz konusu olacağı için artık ölçülülük ilkesine göre ölçülme durumu mümkün olmayacaktır. Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 181.

²⁹⁹⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 47, 183. Ayrıca Gellerman, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande*, 222-223.

²⁹⁹⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 104; Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 167; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 108-109. Ayrıca Martin, *Grundrechtskollisionen*, 208, 230; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 136; Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 365. Bu yöndeki bazı FAYM kararları: BVerfGE 28, 243 (261); BVerfGE 30, 173 (195); BVerfGE 47, 327 (370); BVerfGE 81, 278 (292-293). FAYM’nin münferit vakalarda sınırlama düzeyinde çatışan değerleri tartarak anayasal hakları sınırlama yöntemi “anayasaya içkin sınırlar” (*Schranken*) terimi ile de tutarlıdır. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 46-47. Bunun ayrıntılarına “Pratik uyum aracı olarak ölçülülük ilkesi” başlığı altında yer vermiştik.

²⁹⁹⁶ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 84.

yargısından ayrılması gerekir²⁹⁹⁷. Ancak hemen burada belirtelim ki bizim amacımız, çatışma çözümünde tüm organların hak çatışma çözümündeki yetki ve yöntemleri konusunda derinlemesine bir analiz yapmak değildir²⁹⁹⁸. Üzerinde esas durduğumuz husus, asli görevli olan yasanın bu noktadaki yetkisiyle bağlantılı olarak diğer otoritelerin yetki sınırı hakkında açıklamalar yapmaktır. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalarımızı, özellikle içkin sınırların belirlenmesinde yetki sorunu üzerinde yoğunlaştıracamız. Çalışmamızın bir sonraki bölümünü bilhassa bireysel adaletin sağlanması için başvuru dengeleme yöntemini ele alarak, esasen Anayasa Mahkemesi'nin çatışma çözümündeki rolüne odaklanacağız.

5. İçkin Çatışma Sınırlarının Belirlenmesinde Yetki Sorunu

Anayasal hak çatışmalarında esas sorun, her şeyden önce çatışmayı çözme yetkisinin kimde olduğu sorunudur²⁹⁹⁹. Literatürde çatışmanın çözümü konusunda içkin sınırlara başvuru kabul edilmişken, bu sınırların uygulanmasının yetki sorunları konusuna yeterince değinilmemiş ve bu konuda bir uzlaşma sağlanmamıştır³⁰⁰⁰. Çatışmadan kaynaklanan içkin sınırların tanınması, yalnızca sınır sorununa ışık tutar. Ancak çatışan hakkın, hakka müdahale için nesnel bir anayasal ilke olup anayasal yetkilendirmeye uygun olup olmadığı veya *anayasa altı* yasal yetki temelini gerekip geremediği ise bambaşka bir sorundur³⁰⁰¹. Bütün mesele yalnızca çatışan hakkın koruduğu menfaatlerini tartmak ve dengelemek için doğru yöntemi tespit etmek değildir. Demokratik ve kuvvetler ayrılığının hüküm sürdüğü bir devlette, çatışma çözümünde yetki sorunu da her zaman önemlidir³⁰⁰².

“Anayasal haklar arasında maddi hiyerarşi veya sıralama” başlığında da detaylıca anlattığımız üzere, anayasal haklar eşit statüdedir ve bu bağlamda anayasa, çatışan özgürlüklerin kademelenmesi için soyut, genel bir çözüm modeli sunmaz³⁰⁰³. Dolayısıyla “mutlak” olarak korunan haklar dışında, iki anayasal hak sahibi arasındaki çatışmaların

²⁹⁹⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 89. Yasa koyucunun başvurduğu dengeleme ile idari ve yargısal dengeleme arasındaki farka dair bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 135.

²⁹⁹⁸ Bunun için bkz. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 127-152; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 89 vd.; Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 273-289; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 700 vd.; Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 63 vd.

²⁹⁹⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 89.

³⁰⁰⁰ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 157.

³⁰⁰¹ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 697.

³⁰⁰² Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 143-44.

³⁰⁰³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 123.

baştan dışlanabileceği veya münferit davalarda bağlayıcı bir şekilde çözülebileceği temelinde sabit (soyut) bir değerler hiyerarşisi yoktur³⁰⁰⁴. Aksine çatışan anayasal değerler arasında oluşacak denge, genellikle yasama organının yapmak zorunda olduğu çeşitli değerlendirmelere dayanır³⁰⁰⁵.

Anayasal hakların arasında bir sıralama söz konusu olmadığı için çatışan haklar arasında sınırların nereden geçtiği, tek başına anayasa ile gösterilemez³⁰⁰⁶. Anayasanın münferit vakalarda içkin sınırların uygulanması için kriterler içerdiği varsayılır. Ancak her hak çatışması yalnızca bir sınırlama “olup olmadığı” konusunda değil, aynı zamanda karşılıklı sınırlamanın “nasıl” olduğu konusunda da bir karar gerektirir³⁰⁰⁷. “Anayasaya içkin sınırlar” ile sınırlamanın söz konusu “olup olmadığı” anayasadan kaynaklanır, çatışma çözümünün “nasıl”ına ise yasa karar verir³⁰⁰⁸. Kural olarak, yasamaya belirli bir miktarda yaratıcı hareket alanı (takdir alanı) verilmek zorundadır³⁰⁰⁹. Çünkü yasama çok sayıda ve çok çeşitli çatışma vakılarıyla karşılaşılacaktır. Üstelik hak çatışmalarından kaynaklanan ilgili sınırlar “çoğunlukla değişken ve tanımlanması zor” sınırlardır³⁰¹⁰.

a. Yasama

“Anayasal hak çatışmalarının çözümü, yasal yapılanma meselesidir”³⁰¹¹. Kuvvetler ayrılığı ilkesi de göz önünde tutulduğunda, çalışmamızın birçok yerinde de açıkladığımız üzere, bu konudaki öncelikli sorumlu organ yasama organıdır³⁰¹². Hukukun üstünlüğü ilkesi gereği ve özellikle anayasal hakların kullanılması alanında, yasama

³⁰⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁰⁵ *Ibid.* Ayrıca bkz. Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, 170.

³⁰⁰⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 122-23.

³⁰⁰⁷ Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 92-93.

³⁰⁰⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 124.

³⁰⁰⁹ *Ibid.*, 123-124.

³⁰¹⁰ *Ibid.*, 122.

³⁰¹¹ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 472; Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 145. Aynı yönde Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 122.

³⁰¹² Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 145. Ayrıca Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 700; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 92. Céline Martin çatışmanın çözümünde neden yasamanın öncelikli yetkili olduğunu ayrıntılarıyla açıklamıştır. Biz buna geniş bir yer vermeyeceğiz. Ama yazarın bu sebepleri, “aa. Belirsizlik ve spesifikleştirme ihtiyacı”, korumanın sağlanması için üçüncü kişilerin temel haklarına yapılacak bir “bb. Müdahale yetkisi” için yasal dayanağın gerekliliği ve demokratik olarak meşrulaştırılmış organ olarak menfaat ve çıkar tartımındaki öncelikli görevlinin yasama organı olmasının arkasındaki “cc. Dengeleme İhtiyacı” başlıkları altında ele aldığını belirtmeden geçmeyelim. Bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 92-96.

organının temel normatif kararlar alması, demokratik açıdan gereklidir³⁰¹³. Anayasaya içkin sınırlar, anayasal haklara ilişkin özgürlük alanlarının kısıtlanmasını haklı çıkarmayı amaçladığı ve bu çoğunlukla çatışan anayasal çıkarların değerlendirici bir tartımının sonucu olduğu için, bu görev yasama organına aittir³⁰¹⁴.

Doğası açısından esasen anayasal sınırları andıran anayasaya içkin sınırlar, etkilerini anayasal sınırlama maddeleri gibi geliştirirler³⁰¹⁵. İctihat hukuku da bununla uyumlu olarak, çatışan anayasal haklara müdahaleyi gerekçelendirmek için, kural olarak bir yasal düzenleme arar. Bu noktada içtihat, anayasaya içkin sınırların yasal düzenleme ile spesifik olarak somutlaştığı ve öngörülebilir olduğu varsayımından yola çıkar³⁰¹⁶. Zira bireylerin çatışan haklarını dengeleme görevi, yasamanın öncelikli görevidir³⁰¹⁷.

Yukarıda birinci görüşü reddederken yasa kayıtsız anayasal hakların, içkin sınırlarla sınırlanması için de yasal bir temelin gerektiğini belirtmiştik³⁰¹⁸. Eğer genel-soyut düzenleme imkanı varsa, hukuki çıkarların tartılmasından ve böylece anayasaya içkin sınırların somutlaştırılmalarından, kural olarak, demokratik olarak yasa kaydına benzer şekilde meşru yasama organı sorumludur; yürütme veya yargı organı değil³⁰¹⁹.

Yukarıda da değindiğimiz gibi yasamanın geniş bir takdir yetkisi vardır³⁰²⁰. Bu noktada yasal düzenlemelerle koruma görevini, kendisinin yerine getirip getirmeyeceğine

³⁰¹³ BVerfGE 49, 89 (126-127); BVerfGE 53, 30 (56); BVerfGE 88, 103 (116) (*Streikensatz von Beamten*).

³⁰¹⁴ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 124. Ayrıca Britz, "Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen", 36.

³⁰¹⁵ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 124

³⁰¹⁶ BVerfGE 41, 29 (50) (*Simultanschule*); BVerfGE 47, 46 (80) (*Sexualkundeunterricht*); BVerfGE 83, 130 (142). Kararlara dikkat çeken Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 124

³⁰¹⁷ BVerfGE 57, 295 (321) (*3. Rundfunkentscheidung*). Dikkat çeken Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 124-125.

³⁰¹⁸ Bkz. bu çalışma dp. 2979. Ayrıca Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 121.

³⁰¹⁹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 125. Aynı yönde Martin, *Grundrechtskollisionen*, 95, s. 153.

³⁰²⁰ Yasamanın takdir yetkisine ve bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığına, dolayısıyla yasamanın kimi durumlarda mutlaka yerine getirilmesi gereken koruma yükümlülüğüne dair ayrıntılı olarak bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 116 vd. Bu noktada çalışmamızda aşırılık yasağına (*Übermassverbot*) değinmeden geçmeyelim. Biz yasamanın takdir yetkisine dair bir inceleme yapmayacağımız için aşırılık yasağına da ayrıntılı bir yer vermeyi uygun görmedik. Ancak yasamanın anayasal hak çatışmalarına uygulanabilecek soyut-genel normlar istihraç ederken, aşırılık yasağını dikkate almak zorunda olduğunu ve haklı bir gerekçe olmaksızın, kişinin hak alanına müdahale edemeyeceğini belirtelim. Gören, "Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması", 20. Ayrıca bkz. Fohmann, "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich", 60; Classen, "Die Drittwirkung der Grundrechte", 88; Rumpf, "Ölçülülük İlkesi", 35; Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt?", 374. Aşırılık yasağı kavramını ileri süren çalışma için

ve yürütme başta olmak üzere, diğer organlara koruma görevi için ne derece yetki devrinde bulunacağına yasamanın kendisi karar verir³⁰²¹. Yasama organı, anayasal hakları saldırılara karşı korumak ve yasayı uygulayacak mercilerin koruyucu müdahalesi için bir temel, bir diğer tabirle, yasal dayanak oluşturmak zorundadır. Diğer makamlar, bu yasaları uygulayarak yasa aracılı bir korumada tamamlayıcı bir rol üstlenmiş olurlar³⁰²². Zira yasama organı, bireysel odaklanmayı gerektiren ve öngörülemeyen çatışma durumlarından ziyade, soyut-genel normlarla yalnızca öngörülebilir ve “tipik” (*typische*) olan temel hak çatışmalarını çözebilir³⁰²³. Öyleyse, yasamanın tüm vakalara uygulanacak boşluksuz bir koruma sağlanması ve böylece diğer organları anayasal hak çatışmalarına dair sorumlu kararı almaktan kurtaracak derecede kapsamlı yasal düzenlemeler yapması mümkün değildir³⁰²⁴.

Anayasal hakların çatışma çözümü, açık ifadeler yoluyla yasamanın uygulanmasına bırakıldığında, bunun yasayı uygulayan yetkililer üzerinde etkisi vardır³⁰²⁵. Yasal otoriteler, koruyucu önlemler içermekle beraber genel ve belirsiz terimlerin kullanıldığı yasaları uygularken, anayasal hakların özel hukuka etkisini dikkate almak zorundadırlar. Dolayısıyla bu otoritelerin, anayasal hakların etkin bir şekilde

bkz. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*. “Yasal düzenlemeler, genel ilkelere göre, yalnızca uygun ve gerekli olduğu sürece meşru bir kamu amacına hizmet ettiği ve anayasaya uygunluk ilkesini yerine getirdiği, yani toplamda aşırılık yasağının (*Übermassverbot*) gözetildiği anlaşıldığında anayasalıdır”. Classen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, 98. Takdir yetkisine dair bir diğer sınır ise eksik düzenleme yasağıdır (*Untermassverbot*). *Ibid.* Bunu, yasa koyucunun asgari koruma yükümlülüğü olarak da tanımlayabiliriz. Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 156. Yasama organı asgari koruma yükümlülüğü bakımından da anayasal denetime tabi olduğuna dair bkz. BVerfGE 88, 203 (254). Bu noktada FAYM çok fazla açıklama yapmadan, yalnızca “tamamen uygun olmayan veya tamamen yetersiz koruyucu önlemleri anayasal olarak sakıncalı” bulmaktadır. BVerfGE 88, 203 (262). Dikkat çeken Zakariás, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, 159. Ayrıca Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 683. Asgari koruma yükümlülüğünü ölçülülük ilkesi değerlendirmesinin özel bir çeşidi olarak gören Martin, bu yükümlülüğün geçerliliğini sorgulamıştır. Bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 266-276. Ancak bu konu, çalışmamızın kapsamını aştığı için daha fazla bilgiye yer veremiyoruz.

³⁰²¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 128. Esneklik ve teknik bilginin gerektiği, fakat ayrıntılı mevzuat ve prosedürün olmadığı noktalarda, yürütme yasama organından daha etkili bir şekilde çatışma çözümünü sağlayabilir. *Ibid.* Ancak yürütmeye ne kadar takdir yetkisi vereceğine, yasama organı, belirli kriterler çerçevesinde karar verir. *Ibid.*, 129 vd. Köküarı'nın belirttiği gibi belki de çatışma durumlarıyla en sık karşılaşan ve en hızlı çözüm üretmesi gereken organ olarak yürütmenin işlemleri, netice itibarıyla idari yargının ve AYM'nin denetimi altındadır. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 147. Ayrıca bkz. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 37.

³⁰²² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 90, ayrıca 151.

³⁰²³ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, 702; Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 277; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 126, 214; Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 61.

³⁰²⁴ Rüter, “Grundrechtskonflikte”, 473.

³⁰²⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 126.

korumalarını sağlayacak şekilde bir hareket alanlarının olduğu kabul edilir³⁰²⁶. Bu nedenle, çatışma çözümünde tamamlayıcı bir işleve sahiptirler³⁰²⁷. Yasa koyucunun tercihlerine uygun şekilde çatışmayı çözmesi gereken yürütme, yasa koyucunun açık bir tercih yapmadığı veya idareye takdir yetkisi tanıdığı noktada, Anayasa ve yasaları temel olarak ve somut olayın şartlarına uygun bir gerekçelendirme ile çözüm (dengeleme) üretecektir³⁰²⁸.

Tek başına anayasal hakka yönelik bir tehdidin veya çatışmanın ortaya çıkma olasılığı, hukuki kurumların yeterli bir yasal dayanak olmadan potansiyel mağdurları korumak adına müdahalesini haklılaştırılmaz³⁰²⁹. Örneğin pratik uyuşum örneği olarak ele aldığımız *Kopftuch* kararına bakarsak; somut bir etkileme veya dini yayma durumu olmaksızın öğrencilerin olumsuz inanç özgürlüğü adına başörtüsü takan öğretmene müdahale edilmesi, bunun mesleğe uygun olmadığına dair açık bir yasal dayanak olmaksızın hukuki değildir³⁰³⁰. Zira devlet okullarında dini tarafsızlığı sağlamak ve tüm inanç topluluklarına eşit muamele edilmesini sağlama görevi, demokratik meşruiyete sahip yasama organına aittir³⁰³¹.

Yürütmenin faaliyetini gerektiren bir bireysel vakaya dair çatışma çözümü mevzubahis olsa bile, çözüm için yasal dayanak gerekir. Öyleyse anayasaya içkin sınırların, yasa kaydının yerini alamayacağı açıktır³⁰³². Yalnızca istisnai durumlarda ve ancak belli koşullar altında, yasayı uygulayan makamların kendileri, yasal bir dayanağın yokluğunda koruma yükümlülüklerini yerine getirebilirler³⁰³³. FAYM içtihatlarına göre, ancak yasamanın anayasal hakların belirlenmesi gibi zorunlu ve vazgeçilmez bir görevi

³⁰²⁶ *Ibid.*

³⁰²⁷ *Ibid.*, 127. Fohmann, yasama organının asıl yetkilerini kullanmaması durumunda, yürütme ve yargının kendine özgü çatışma çözüm yetkileri olduğunu ve bunu kullandıkları durumda çözüm yetkilerinin türev bir yetkiye dönüştüğünü belirtir. Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 61. Yürütmenin sıklıkla karşılaşabileceği bir örnek verelim. Talep üzerine imar izni değerlendirirken idarenin, izni talep edenin hakkı ile bu imarın etkileyeceği kişilerin -örneğin komşunun gayrimenkulüne zarar gelme ihtimaline karşılık- hakkının çatışmasıyla karşılaşması mümkündür. Her iki hakkın mülkiyetinden faydalanmasını sağlayacak olan idarenin, bu noktada önleyici müdahalede bulunma yükümlülüğü ortaya çıkar. Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 37. Bu iki durumu dikkate alacak olan idare, yasa koyucunun tercihlerine uygun bir çatışma çözümü üretecektir.

³⁰²⁸ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 144.

³⁰²⁹ BVerfGE 108, 282 (303). Dikkat çeken Martin, *Grundrechtskollisionen*, 164.

³⁰³⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 164-165.

³⁰³¹ BVerfGE 108, 282 (310 vd.) Martin, *Grundrechtskollisionen*, 165.

³⁰³² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 125; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 95.

³⁰³³ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 127.

yerine getirmemesi durumunda yasayı uygulayan makamların müdahalesine izin verilebilir³⁰³⁴. Aşağıda yürütmenin yetkisini, biraz daha ayrıntılarıyla değerlendireceğiz.

b. Yürütme

Alman Anayasası, hükümetin de dahil olduğu temel haklara bağlı tek tip bir yürütme yetkisini tanıır (GG madde 1/3 ve 20/3). Bu nedenle, yürütmenin koruma yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için yasa koyucu tarafından çatışan hukuki değerlerin somutlaştırılmış olması gerekir³⁰³⁵. Kural olarak, yürütme, doğrudan anayasayı uygulayamaz veya kendi başına “saldırgan”ın temel hakkını baştan sınırlayamaz³⁰³⁶. Isensee’nin yürütmenin koruma görevine dair belirttiği üzere, “temel hakkın meşruiyeti, yasallığın yerini almaz”³⁰³⁷.

İçkin sınırların, yasa olmaksızın yürütme tarafından uygulanması hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturur. Örneğin, uyarılarda bulunan hükümet anayasal hükümlere dayandığında, bunların hangi amaçlarla, hangi koşullarda ve hangi içerikle kamuya açıklanacağı konusunda belirsizlik hakim olur. Ancak acil durumlarda, yürütmenin yasal dayanak olmaksızın koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi tartışılabilir. Netice itibariyle Alman Anayasasının 1’inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden³⁰³⁸ kaynaklan ve tüm devlet organları için geçerli bir doğrudan koruma yetkisi vardır. Keza Anayasanın 1’inci maddesinin üçüncü fıkrasından³⁰³⁹ dolayı istisnai olarak, yürütmenin mutlak olarak korunan insan onuruna saldırıları engellemek adına başkalarının haklarına müdahale etmesi meşrulaştırılabilir³⁰⁴⁰.

İçtihat hukukuna göre, devletin tamamen hareketsiz kalmasından ziyade temel haklara daha uygun bir durum yaratılma imkanı varsa, yürütmenin yasal yetki olmaksızın koruma yükümlülüğü tedbirleri alması gereklidir. Bu nedenle yürütmeye gerekli izin

³⁰³⁴ *Ibid.*, 155.

³⁰³⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 128.

³⁰³⁶ *Ibid.*, 128-129; Josef Isensee, “Das Grundrecht auf Sicherheit”, *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin Heft 79* (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1983), 43.

³⁰³⁷ Isensee, “Das Grundrecht auf Sicherheit”, 43. (“Die Grundrechtliche Legitimität ersetzt nicht die Legalität.”)

³⁰³⁸ GG madde 1/1: “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.”

³⁰³⁹ GG madde 1/3: “Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.”

³⁰⁴⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 129-130.

verilebilir³⁰⁴¹. Yürütmenin yetkisi kapsamında idarenin koruma yükümlülüğünün özellikle tartışmalı hale geldiği, devletin bilgi politikası alanındaki içtihat daha yakından incelenirse, FAYM'nin devlet eyleminin yasallığı sorusunu ilgili anayasal hakkın koruma alanına dokunulup dokunulmadığını inceleyerek veya müdahale ile müdahalenin gerekçesi arasındaki açık ayrımı terk ederek ele aldığı ortaya çıkar. Böylece Mahkemenin, yasa kaydının önemini arka planda tuttuğu görülür³⁰⁴².

“Hukukta bilgi [,] vericiden alıcıya aktarılan ve alıcının davranışına ve durumuna etki eden onu bilmeye yönelten bunun sonucunda ona bir hareket veya tepkide bulunma imkanı sunan veya bu davranışlardan kaçınmasına vesile olan durum olarak ifade edilebilmektedir”³⁰⁴³. Bilgi politikasından kastedilen ise kısaca, devletin (organlarının) uyarıları ve tavsiyelerine ilişkin maddi ve usuli süreçtir. Hükümetin belli bir konuda vatandaşları bilgilendirmesinin, temel hak ihlallerine yol açma ihtimali vardır. Üstelik hükümet, bu bilgilendirmeyi başka bir hakkı veya anayasal menfaati korumak adına yaptığı için konu, çatışmalarla bağlantılı hale gelmektedir. Dar güvence alanı teorisi kapsamında ele aldığımız *Osho* ve *Glykol* kararlarını hatırlatalım. *Osho* başvurusunun konusu, Gençlik, Aile ve Sağlık Bakanının, bu grubun “zararlı” ve “sahte din” niteliği taşıdığını iddia eden basın açıklamasıdır. *Glykol* kararının konusu ise Sağlık Bakanlığı'nın, glikol içeren şarap üreticilerini içeren bir liste yayınlamasına dairdir. Bu her iki “bilgilendirme” yukarıda da gördüğümüz üzere, belli hakları ihlal ettiği gerekçesiyle dava konusu olmuştur. İşte bilgi politikasının konumuzla alakası, devletin bilgilendirme faaliyetinin yasallığıdır. Daha doğrusu Federal Hükümetin uyarı ve tavsiyelerinin yetkilendirilmesi noktasında, yasal dayanak zorunluluğunun ortadan kaldırılması ve bu şekilde yürütme organının temel hakların koruduğu konulara müdahale etmesine izin verilen özel bir alandaki içtihatı³⁰⁴⁴.

³⁰⁴¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 161. Çatışmayı çözecek olan bir yasanın yokluğu veya mevcut yasanın etkisiz olması durumunda, yargının, çatışma meselesini çözüp çözemeyeceği noktasındaki idari eylem kontrolü için bkz. Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, 62.

³⁰⁴² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 126-127.

³⁰⁴³ Atilla Erkal, “Genel Olarak Bilgi ve Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuktaki Anlamı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2009): 26. Anladığımız kadarıyla bilgi teorisinin ve politikasının, özellikle idare hukuku anlamında özel bir yeri vardır. Bu konuda, belki de genel bir çerçeve olarak görülebilecek Erkal'ın çalışmasına bakılabilir.

³⁰⁴⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 126.

Ne FYİM ne de FAYM, hükümetten gelen kamuya ilişkin uyarılar için –dayanağı doğrudan Anayasada kabul ederek- özel bir yasal yetkilendirme aramaz. Federal Hükümetin yalnızca toplumun belirli alanlarını gözetmek, engellemek ve yönlendirmekle yükümlü olmadığı, aynı zamanda bu faaliyeti parlamentoya ve kamuoyuna sunmakla da yükümlü olduğu düşünüldüğü için yasal dayanak, görevlerin atanması dışında devlet bilgi politikası alanında aranmaz³⁰⁴⁵. Dolayısıyla bilgi politikası yasal dayanak zorunluluğu olmaksızın yürütmenin temel haklarca korunan konumlara müdahale etmesine izin verilen özel bir alan olarak karşımıza çıkar³⁰⁴⁶. Buna, dar kapsam teorisi izlenerek verilen FAYM kararlarından, *Osho* ve *Glykol* kararları örnek verilebilir.

Glykol kararında olduğu gibi, toksik gıdaların tüketiminden kaynaklanan yakın sağlık riskleri durumunda, yasal bir dayanak olmaksızın hükümet uyarılarına izin verilebileceği kabul edilmiştir. Burada yaklaşan tehlikeler dikkate alındığında, Anayasanın 1’inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile bağlantılı olarak, yürütme sorumlu organ olarak, yasama organının belirtmesine veya kendi eylemini beklemesine gerek kalmadan müdahalede bulunabilecektir³⁰⁴⁷.

*Osho*³⁰⁴⁸ davasında ise devletin bilgi politikası çerçevesindeki açıklamaların, ikiye ayrılarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü ortaya konmuştur:

“(1) İdarenin, kamu hizmetinin görülmesi veya kamuoyunu aydınlatmaya yönelik bilgilendirmeleri, idari kurumların anayasal yetkilerine *içkindir*. Buna karşın (2) temel haklara *müdahale niteliği taşıyacak* etiketleme veya açıklamalar ise bu yetkilere *içkin değildir*. Bu nitelikteki açıklamalar, kanuni dayanağa muhtaçtır”³⁰⁴⁹.

Öyleyse geleneksel müdahale olarak nitelendirilebilecek açıklamalar değil, yalnızca kamu hizmeti veya kamuoyu aydınlatma amacı taşıyan açıklamalar yasal dayanağa gerek duymayacaktır.

³⁰⁴⁵ *Ibid.*, 127.

³⁰⁴⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 126.

³⁰⁴⁷ *Ibid.*, 130.

³⁰⁴⁸ BVerfGE 105, 279.

³⁰⁴⁹ Şirin, “Barış İçin Akademisyenler Olayı ve Kanunilik İlkesinin Tahribatı”. Vurgular bize aittir.

c. Yargı

Anayasal hakların özel hukuka etkisi kısmında, koruma yükümlülükleri çerçevesinde yargı mercilerinin çatışmadaki rolüne ayrıntılı bir şekilde değindik. Burada sadece, öncelikli sorumlu organ yasama olmakla beraber hâkimin, bireysel adaleti sağlamak amacıyla ölçülülük ilkesi ve hak çatışmaları çerçevesinde, bireysel vaka değerlendirmeleriyle, yasal koruma yükümlülüğünü tamamladığını³⁰⁵⁰ belirtmekle yetinelim. Bu başlığın odak noktası ise özellikle Anayasa Mahkemesidir.

Çatışmadan kaynaklanan içkin sınırlar noktasında asıl beklenti, anayasal hakların yasa kayıtları aracılığıyla güncellenmesi ve sınırlandırılmasıdır. Bu nedenle, FAYM'nin içkinlik formülünün yasama organının aleyhine olacak şekilde yargı kaydını içermesi³⁰⁵¹ hususunda, sorunlar ve eleştiriler ortaya çıkmaktadır. En sert eleştirileri yönelten Böckenförde'ye göre, anayasaya içkin sınırlar, kabul edildiği ölçüde, nihai olarak FAYM tarafından bir hakim kaydı ve kuvvetlerin yapısında da buna karşılık gelen bir değişikliği meydana getirecektir. Yazara göre bu nedenle, içkin sınırların halihazırda temel hakların koruma alanının bir sınırlaması mı, yoksa koruma alanındaki müdahalelerin bir gerekçesi mi olduğu sorusu daha az önemli hale gelir, çünkü bunlardan birinde olduğu gibi, diğerinde de içkin sınırlar doğrudan uygulanabilirler³⁰⁵².

Böckenförde'ye göre anayasaya içkin sınırlar, genellikle kayıtsız temel haklar üzerindeki yasal kısıtlamaları meşrulaştırmak için kullanılır. Bunlar kavramlarına ve dogmatik yapılarına göre, doğrudan uygulanırlar ve gerekli bir yasa koyucu ilişkisine bağımlı değildirler³⁰⁵³. Bu nedenle yasama organının yetkilendirmesine gerek kalmadan bu sınırları uygulamak, başta mahkemeler olmak üzere hukuku uygulayan organlara kalmıştır³⁰⁵⁴. Yazara göre, netice itibarıyla anayasaya içkin sınırlar, yasa kaydı içermeyen

³⁰⁵⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 131.

³⁰⁵¹ Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 144.

³⁰⁵² Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 169.

³⁰⁵³ Bu noktada Böckenförde, henüz şimdiye kadar (2003) yasama organı yasal olarak anayasaya içkin sınırları güncellemediği (*aktualisiert*) ve somutlaştırmadığı için bunların uygulanmasını reddeden bir FAYM kararı olmadığını öne sürer. Yazar, FAYM'nin, anayasaya içkin sınırlara ilişkin ilk kararı olan *Vicdani Ret* kararında (BVerfGE 28, 243 (257, 261)), Anayasa madde 12a/1, madde 73/1 ve madde 87/1 cümle 1'e dayanarak GG madde 4/3'e uygulanabilir içkin sınırları, yasal düzenleme olmaksızın kabul etmesine de dikkat çekmiştir. Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 169 (dp. 15).

³⁰⁵⁴ Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 169.

anayasal haklar için –geniş kapsam teorisinin izlediği- koruma alanı ve müdahale açmazından kaçmak için geliştirilmiştir³⁰⁵⁵. Ancak bunun neticesinde, anayasanın güçlü bir şekilde ele almak istediği kayıtsız anayasal haklar, yasa kaydı olan temel haklar kadar kısıtlanır³⁰⁵⁶. Hatta yazara göre, bu durumda hukukun üstünlüğü uyarınca, aslında temel hakları kısıtlamak için çağrılan yasama organının önceliğini dikkate almaya gerek yoktur. Böylelikle esasen tam olarak temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi ve korunmasını amaçlayan temel haklar doktrinin ürettiği, garip bir sonuç ortaya çıkar³⁰⁵⁷. <https://www.youtube.com/watch?v=4GGJmWw8Co>

Böckenförde'nin iddia ettiği gibi içkin sınırların uygulanmasının, yargı kaydı lehine dönüşme ihtimali vardır³⁰⁵⁸. Gerçekten de içkin sınırların, mutlaka yasa kaydına dayanarak uygulanması konusunda içtihat her zaman katı değildir. FAYM yasa kaydı içeren bir anayasal hakkın, doğrudan anayasa aracılığıyla sınırlanmasını kabul etmiştir³⁰⁵⁹. Bu durum, idarenin böyle bir temel hakka, yasal yetkisi olmaksızın³⁰⁶⁰ veya bunun ötesinde müdahale edebileceğini ve bunun, açıkça ve doğrudan anayasal bir müdahale yetkisine dayanabileceği bir durumla sınırlı olmadığı anlamına gelebilir (GG madde 13/7)^{3061,3062}.

³⁰⁵⁵ *Ibid.*, 170.

³⁰⁵⁶ *Ibid.*

³⁰⁵⁷ Böckenförde'ye göre hukukun üstünlüğüne dayalı anayasal yapının korunması için Piroth/Schlink'in talep ettiği bir dizi tedbir de, hakim doktrin ve uygulama göz önüne alındığında, bunlar yalnızca varsayımlar olarak kalırlar. Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", 170.

³⁰⁵⁸ Ayrıca bkz. Nieuwland, "Theorien der immanenten Grundrechtsschranken", 144.

³⁰⁵⁹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 125. BVerfGE 66, 116 (136) kararında GG madde 5/1'de yer alan basın özgürlüğünün kısıtlanma olasılığına ilişkin olarak geçen ifade: "Sınırlamalar (*Schranken*), Madde 5/2'de belirtilen kanunlardan kaynaklanabileceği gibi, doğrudan anayasanın kendisinden de kaynaklanabilir." Benzer şekilde BVerfGE 67, 213 (228): "Öte yandan, sanat özgürlüğü, anayasal düzende de gerekli olan bir hukuki çıkarı koruyan anayasanın diğer hükümlerinde de doğrudan sınırlar (*Grenzen*) bulabilmektedir." Dikkat çeken Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 125 (dp. 753).

³⁰⁶⁰ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 125. "Öte yandan, BVerfGE 66, 16 (136)'da BVerfGE 44, 37 (49f.)'ye yapılan atıf, BVerfGE'nin, temel hakların çelişen anayasal hak tarafından kısıtlanması durumunda yasanın saklı tutulması ilkesini göz ardı etmediğini gösterir. Zira anılan kararda, yasama organının anayasanın sınırlamalarını tasarlaması gerektiği varsayılmıştır." *Ibid.*, (dp. 754).

³⁰⁶¹ GG m. 13/7: "Bunun dışında müdahale ve sınırlamalar ancak, genel bir tehlikeye veya bir kimsenin yaşamını tehdit eden bir tehlikeye karşı önlem almak, bir yasaya dayanmak şartıyla kamu güvenliği ve düzenini tehdit eden tehlikelere karşı önlem almak, özellikle konut kışığının giderilmesi, salgınlara karşı savaşma veya gençleri kötü yollara düşmelerinden korumak amacıyla mümkündür."

³⁰⁶² Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, 125-126.

Öyleyse haklılık payı da vererek, bu konudaki eleştirilere şu yanıtları verebiliriz. Öncelikle biz, anayasaya içkin sınırların, Böckenförde'nin iddia ettiği gibi, yasal dayanak olmaksızın doğrudan uygulanmasını değil, ancak yasal bir dayanak temelinde uygulanması gerektiğini, zira bunların “sınırlama” anlamına geldiğini ifade etmiştik. Bunun yanı sıra, *Kopftuch* kararında (Başörtüsü kararı), FAYM'nin bunu onayladığını belirtmiştik³⁰⁶³. Bir başka husus ise, bu sorunun, uygulamaya sanıldığı kadar ciddi şekilde yansımamasına dairdir. Çünkü başta özel hukuk olmak üzere yasama organı, birçok alanda temel hak çatışmalarını çözmek amacıyla normatif düzenlemeler yapar, yani yürütmenin müdahale etmesi için gereken yasal dayanağı oluşturur³⁰⁶⁴.<https://www.youtube.com/watch?v=4GGJmWw8Co>

Biz Anayasa Mahkemesinin hak çatışmasında önemli bir rolü olduğu düşüncesindeyiz. (F)AYM, birincil sorumluluğa sahip yasama organının gereken önlemleri almadığı durumda, ikincil olarak ve geçici bir süre için olmak kaydıyla müdahalede bulunup ikame kurallar koyabilir³⁰⁶⁵. Bu gibi durumlarda Mahkeme, anayasaya içkin sınırların doğrudan uygulanmasına izin verir ve buna göre, özellikle kanunilik ilkesinin ihlali nedeniyle anayasaya aykırı bir hukuki durumu, önceki duruma göre anayasal gerekliliklerden daha da uzak olacak bir durumu önlemek için geçici olarak kabul eder³⁰⁶⁶. Mahkemenin *Fangschaltungen* kararında yasal dayanak olmaksızın müdahale için belli koşullar aradığını söylemiştik³⁰⁶⁷. Hak çatışmasında böylesine istisnai bir çözüm, hem bu gereklilikleri hem de eksik yasal dayanağın koruyucu işlevini sağlamak adına yalnızca işlevsel sınırlar dikkate alınarak ve sonrasında üzerinde çalışılması gereken uygun önlemlerle uygulanacaktır³⁰⁶⁸.

Yasamanın yapacağı soyut tartımın, çatışma çözümü için yetmeyeceğini ve bu aşamada bireysel tartımın gerektiğini söylemiştik. Modern devletin gelişimi dikkate

³⁰⁶³ Bkz. bu çalışma dp. 2979. *Kopftuch* kararı, Böckenförde'nin makalesinin yayınlandığı yıl olan 2003 yılındaki bir karardır. Dolayısıyla Böckenförde makalesini yazdığı sırada karardan bihaber olabilir. Bkz. bu çalışma dp. 3053.

³⁰⁶⁴ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 126.

³⁰⁶⁵ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 368; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 161. Ayrıca Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 145.

³⁰⁶⁶ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 161. Örneğin, BVerfGE 83, 130 (154): “Çocukların ve gençlerin temel haklara dayanan kişilik gelişimine yönelik tehditlerden korunması, mevcut hukuki durumun eksikliklerine rağmen geçici olarak uygulanmaya devam etmesini gerektirir.”

³⁰⁶⁷ Bkz. bu çalışma dp. 2907.

³⁰⁶⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 169.

alındığında, yasama organının tüm çatışmaları önceden öngörmesi zordur³⁰⁶⁹. Anayasaya uygun bir çıkar dengesinin bulunup bulunmadığını Anayasa Mahkemesi, yalnızca somut durumda inceleyebilir³⁰⁷⁰. Yasama organının yasal düzenlemelerle ortaya koyduğu değerlendirmelere dair nihai karar verme hakkı saklı olan Anayasa Mahkemesinin, parlamenter demokrasinin yapısal ilkeleri ile tutarlı olacak şekilde yetkisini kullanması gerekir. Keza yasama organının sorumluluğunu hakkıyla yerine getirmediği noktada, yasama ile anayasal yargı yetkisi arasındaki işlevsel sınırları belirlemek ve gözlemlenmek de Anayasa Mahkemesinin görevidir³⁰⁷¹.

Çalışmamızın son bölümünde, Anayasa Mahkemelerinin yargısal yetkisini kullanabileceği, bireysel tartım yöntemiyle çatışma çözümünü, yani dengelemeyi inceleyeceğiz. Bölümü Türk Anayasa Mahkemesinin çatışmayı nasıl ele aldığını değerlendirerek kapatacağız.

Menfaatlerin bireysel olarak tartımı ve bireysel adalet varsayımı, literatüründe çokça dikkat çekilen, yargı kaydının anayasal sisteme aykırı olarak artma riskini de taşır³⁰⁷². Yasamanın aktifliğini kontrol eden hakim bu kontrol yöntemi, hak çatışmasına kimin karar verdiği sorusunun yanıtında da önem teşkil eder. Bu noktada yasamanın takdir yetkisi ile anayasal korumanın genişliği arasında bir gerilim ortaya çıkabilir³⁰⁷³. Biz, dengelemeyi bu açıdan da değerlendireceğiz. Ancak çatışma çözüm yöntemi olarak çokça –alternatifleriyle veya iyileşmelerle- önerilen ve üzerine birçok çalışmanın olduğu “dengeleme” konusunda amacımız, ne derinlemesine bir analiz yapmak, ne dengelemeyi en ideal çözüm yöntemi olarak göstermek ne de ideal çözüm yöntemi olarak kabul edilebilecek yapılandırılmış bir dengeleme süreci önermektir. Amacımız, çalışmamızın şimdiye kadar olan kısmını tamamlayacak şekilde, bireysel davada dengelemenin ne olduğunu ortaya koymaktır. Böylece, hem çalışmamızın şimdiye kadar olan kısmında açıkta bıraktığımız kimi yerleri doldurmuş olacağız, hem de Türk Anayasa

³⁰⁶⁹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 146.

³⁰⁷⁰ *Ibid.*, 145; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, 472.

³⁰⁷¹ Nieuwland, “Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”, 146-147.

³⁰⁷² *Ibid.*, 144.

³⁰⁷³ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 83.

Mahkemesinin kararlarını daha doğru bir temelde yorumlama imkânını kazanmış olacağız.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇATIŞMA ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK DENGELEME VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

I. GENEL OLARAK

Bu bölüm altında, öncelikle çatışma çözüm yöntemi olarak dengelemeyi ele alacağız. Bunu yaparken dengeleme sürecinin ayrıntılarına değinmek veya dengeleme kriterleri önermek gibi bir amacımız yoktur. Daha ziyade, çatışma çözüm yöntemi olarak dengelemenin yaygınlığı ve gerekliliği ile bu yönetime yöneltilecek olumlu ve olumsuz eleştirileri değerlendireceğiz. Görece soyut kalacak olan bu başlıktan sonra ise çalışmamızın son ana başlığında, Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal hak çatışmalarına yönelik yaklaşımını inceleyeceğiz. Böylece kararlara bakarak dengelemenin daha somutlaşmış halini görme imkanımız da olacak.

Anayasa Mahkemesinin çatışmaları ele alan bireysel başvuru kararlarını değerlendirmeden önce, Türk anayasa hukuku doktrinde sınırlandırma sebebi içermeyen anayasal hakların sınırlandırılması sorununu, ayrıca incelememizin faydalı olacağını düşünüyoruz. Bu konu özellikle Covid-19 pandemi döneminde uygulanan tedbirlerin haklara müdahalesini çatışmalar ekseninde değerlendirmeyi de kolaylaştıracaktır. Somut örneklere dayanarak yapacağımız bu yöndeki açıklamalarla beraber çalışmamızı sonlandırmış olacağız.

II. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK DENGELEME

Belirtelim ki bu bölüm ile Federal Anayasa Mahkemesinin çatışma çözüm modelini ele aldığımız yer birbirini tamamlar. Çünkü Mahkemenin çatışma çözüm modelini incelerken, esasen yargısal dengelemeyi birçok yönden değerlendirmiş olduk. Dolayısıyla orada yaptığımız değerlendirmelerimiz ile aşağıdaki açıklamalarımızın bir arada okunması gerekir.

A. GİRİŞ

Anayasal hak çatışmalarının yapısını ele alırken standart anlayışın üç tezinden bahsetmiş ve bunlardan ilk ikisini ele almıştık. Üçüncü tez, mahkemelerin anayasal hak çatışmalarını, özel bir metot olan “tartım ve dengeleme”ye başvurarak çözebilecekleri iddiasıydı³⁰⁷⁴. Biz üçüncü tezin ileri sürdüğü, çatışmaların yalnızca *in concreto* çözülebileceği iddiasını anayasal hak çatışmalarının yapısı ile beraber değerlendirirken, yalnızca somut durumun değil, yasamanın gerçekleştirdiği genel-soyut çözümün de önemine değinmiştik³⁰⁷⁵.

Genel-soyut çatışma çözümü ile yürütme veya yargının bireysel-somut kararlar olarak çözüm üretmesi birbirinden farklı süreçlerdir. Bu başlık altında yasamanın işlemleriyle ortaya koyacağı genel-soyut dengelemeden ziyade, daha çok anlaşılan şekliyle yargısal bir karar verme yöntemi olan “dengeleme”yi inceleyeceğiz³⁰⁷⁶. Yargısal dengelemeye çoğunlukla *hak çatışmalarında* başvurulur³⁰⁷⁷. Birçok hukuk sisteminde, anayasal hak çatışmalarını çözmek için başvurulacak en uygun ve hatta tek rasyonel yöntem olarak kabul edilen dengeleme³⁰⁷⁸, “çatışma çözümünün vazgeçilmez bir unsuru” olarak görülür³⁰⁷⁹. Nitekim ulusal mahkemelerde ve özellikle AİHM³⁰⁸⁰ dahil olmak üzere uluslararası insan hakları mahkemelerinde, dengeleme yöntemine başvurma sıklığı artmaktadır³⁰⁸¹. Buna göre, insan hakları kavramı muhakkak dengelemeye işaret eder ve

³⁰⁷⁴ Martinez-Zorrilla, “The Structure of Conflicts”, 729.

³⁰⁷⁵ Kural olanın genel-soyut dengeleme olduğuna dair bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 209.

³⁰⁷⁶ Carlos Bernal Pulido, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 92, no. 2 (2006): 198-199; Jan Sieckmann, “Rational Lawmaking Proportionality and Balancing”, içinde *Rational Lawmaking under Review*, ed. Klaus Meßerschmidt ve A. Daniel Oliver-Lalana (Springer, 2016), 368. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-33217-8>.

³⁰⁷⁷ Sieckmann, “Rational Lawmaking”, 368; Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 241; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 205, 219. Ayrıca Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 258; Çalı, “Balancing Human Rights?”, 256.

³⁰⁷⁸ Velasco, *Conflict between Basic Rights and Balancing*, 1.

³⁰⁷⁹ Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 343; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 205.

³⁰⁸⁰ AİHM, ilgili çıkarlar arasında her zaman “adil bir denge”nin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirir. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 206. AİHM’nin dengelemeyi temel yorumlayıcı bir ilke olarak kabul etmesine dair bkz. Çalı, “Balancing Human Rights?”, 259. AİHM’nin dengeleme yöntemi için özellikle bkz. Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 167-251.

³⁰⁸¹ Velasco, *Conflict between Basic Rights and Balancing*, 1. Ayrıca Robert Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 4 (2005): 572. Aynı yönde Tsakyrakis, “Proportionality An Assault on Human Rights”, 468; Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 453.

ondan bağımsız olamaz³⁰⁸². Dolayısıyla Zucca'nın belirttiği gibi, hukuki sistemler dengeleme dili ile çatışma dili arasında bir sarkaç gibi sallanmaktadır³⁰⁸³.

Dengelemenin bu kadar yaygın olarak kullanılmasını eleştiren yazarlar da vardır. Örneğin Aleinikoff üst paragrafta izah ettiğimiz bu durumu, “anayasa hukukunda dengeleme çağı” olarak adlandırır³⁰⁸⁴. Gregoire C.N. Webber ise dengelemenin yaygın olarak savunulmasını, doktrinin ölçülülük ve dengeleme söyleminin girdabına girmiş olması olarak özetler³⁰⁸⁵.

Çatışmalarda, iki veya daha fazla sonuç lehine söylenecekler vardır. Ancak neticede çatışanlardan biri lehine karar verilirken, bu sonuç diğerinin pahasına olacaktır. Bundan ötürü en büyük faydayı sağlayan kararın “doğru” karar olarak görüldüğü “dengeleme işlemi”ne başvurulmak istenir³⁰⁸⁶. Ancak dengeleme savunucuları, “doğru” kararın bağlantılandırıldığı “faydanın” ne olduğu ve nasıl ölçüleceği, anayasal hakların pahasına böyle bir faydanın ileri sürülmesindeki rasyonelliğin nasıl sağlanacağı gibi sorulardan kaçamamışlardır. Nihayetinde bu kadar yaygın olmasına rağmen, dengelemenin gerçekten de zor soruları çözüp çözmediği net değildir.

Çatışan hukuki menfaatlerin dengenlemesi, bazen yalnızca ilgili yasal normun anayasaya uygunluğu kontrol edilerek soyut düzeyde yapılır. Ancak bizim ilgilendiğimiz normla bağlantılı model (*normbezogenes Modell*) değildir. Bu başlık altında ele alacağımız, daha ziyade, belirli hukuki uygulama düzeyi göz önünde bulundurularak, çatışan anayasal hakların tekil davaya dayalı olarak dengelenmesidir. Dolayısıyla aşağıda özellikle, bireysel kararlara dayalı model (*einzelentscheidungsbezogenes Modell*)³⁰⁸⁷ denilen dengeleme modelini ele alacağız.

Çalışmamızın buraya kadar olan kısmında, dengeleme için özel bir başlık açmamakla beraber, defalarca bu kavrama değindik ve dolaylı olarak kavrama dair pek

³⁰⁸² Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 468.

³⁰⁸³ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 86. Ayrıca Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 217.

³⁰⁸⁴ Aleinikoff, “Age of Balancing”. Ayrıca Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 179.

³⁰⁸⁵ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 179. Webber, David Beatty'nin dengelemeyi her anayasal metnin kaçınılmaz bir parçası olarak görmesini, Alexy'nin dengelemenin hukukun her alanında olduğunu söylemesini ve hatta bazen parlamentoların dahi dengeleme çağrısı yapmasını, dengelemenin kaçınılmaz olarak görülmesinin örnekleri olarak gösterir. *Ibid.*

³⁰⁸⁶ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 943. Vurgular Aleinikoff'a aittir.

³⁰⁸⁷ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 136-137.

çok bilgiyi verdik. Özellikle de hukuki değerler tartışısı görüşünü ele aldığımız yeri, dengelemeden ayırmanın imkansız olduğunu gördük. Keza pratik uyuşum başlığı ile dengeleme arasındaki ilişkiyi ortaya koyarken, bazı açıklamalarda bulunmamız gerekti. Zira dengeleme iki şekilde tezahür edebilir, demiştik. Bunlardan biri bu başlık altında değerlendireceğimiz tartım yaparak haklardan birine öncelik verme iken, diğeri ise pratik uyuşuma da karşılık gelen belirli bir oranda da olsa her iki hakkın gerçekleşmesine imkan tanıyan uzlaşmacı yöntemdir³⁰⁸⁸. Dolayısıyla pratik uyuşum ile dengeleme arasındaki ilişkiyi ve bu bağlamda da dengelemeye dair bazı açıklamaları vermemek doğru olmayacaktı.

Alexy'nin ilkeler teorisini ele alırken de dengelemeye değinmiş ve haklar için böyle bir ayırım yapmadan, çalışmamıza devam edeceğimizi izah etmiştik. Alexy'nin görüşlerini birçok yönden eleştirmiş olsak da yazarın, dengeleme konusunda başvuracağımız önemli bir kaynak olduğunu ifade etmiştik. Şimdi ise, yukarıda değindiğimiz kısımlarla beraber okunması gereken bu başlık altında dengelemeyi açıklarken, Alexy'nin yapılandırılmış dengeleme yasasını merkez alarak tartışmalarımızı yürüteceğiz.

Alexy'nin görüşleri, FAYM'nin içtihadı ile günümüzde yaygın olarak başvuru dengeleme ilkesi arasında adeta bir köprüdür. Çünkü yazar, bir yandan FAYM'nin kararlarından yola çıkar, öte yandan ise teorik bir çerçeve oluşturur³⁰⁸⁹. Hem Alman anayasa hukukuna ve Federal Alman Anayasa Mahkemesine çalışmamızda ayırdığımız yeri, hem de günümüzde dengelemeye dair literatürdeki tartışmaların geldiği son noktayı ortaya koymamız gerektiğini göz önünde tuttuğumuzda, Alexy'nin dengeleme yasasını bu başlığın merkezine almak bize makul görünmektedir³⁰⁹⁰.

Biz, dengelemeyi, özellikle anayasal hakların yapısını göz önünde tutarak açıklayacağız ve dengeleme yönteminin hak çatışma çözümü için literatürde olumlu ve olumsuz olarak nasıl değerlendirildiğini ortaya koyacağız. Ancak amacımızın, literatürde

³⁰⁸⁸ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 241.

³⁰⁸⁹ Ayrıca bkz. Kumm, "Constitutional Rights as Principles", 576. Möller'in dediği gibi, her ne kadar Alexy Alman Anayasasına göre temel hakların teorisini geliştirmeyi amaçlasa da aslında teori üzerine daha genel iddialarda bulunmaktadır. Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", 457.

³⁰⁹⁰ Yapılandırılmış dengelemenin Alman kavramları ve ölçülülük uygulaması tarafından örneklendiğine dikkat çeken Zucca, Alexy'i "yapılandırılmış dengelemenin peygamberi" ilan eder. Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 28.

öne sürülen dengeleme türlerini ele alıp, iyileştirilmiş, diğer bir tabirle yapılandırılmış bir dengeleme süreci için kriterler sunup önerilerde bulunmak veya çatışma çözümünde dengeleme sürecinin nasıl işlediğini ortaya koymak olmadığını bir kez daha tekrarlayalım³⁰⁹¹.

B. DENGELEMENİN TANIMI VE AMACI

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin dar kapsam teorisi yönündeki kararlarını değerlendirirken kategorik dengelemeye değinmiştik. Burada ele alacağımız ise, esasen akla ilk gelen dengeleme türü olan geçici (*ad hoc*) dengelemedir. Bu dengeleme türünden, “yarışan menfaatler arasında veya içerisinde ‘bir denge kurmak’ (*striking a balance*)” şeklinde bahsedilir³⁰⁹². Bundan sonra özellikle belirtmedikçe, dengeleme derken kastettiğimiz bu tür dengelemedir³⁰⁹³.

“Dengeleme metaforu, tanımlama, değer verme ve çatışan menfaatleri karşılaştırmaya dayalı anayasal yorum teorilerine atıfta bulunur.”³⁰⁹⁴ Dengeleme ile somut davada içerilen menfaatler tanımlanarak, anayasal sorun analiz edilir ve bu menfaatlerin değerleri, açıkça veya zımni şekilde tahsis edilir. Böylelikle bir karara varılır veya açık ya da örtülü olarak tanımlanmış menfaate bir değer atfedilerek bir anayasa hukuku kuralı tanımlanır³⁰⁹⁵. Dengeleme metaforunun *düşünsel* (mental) yönü, birbiriyle çatışan değerlerin görece ağırlıklarının veya önemlerinin, birinin lehine ve dolayısıyla diğerinin aleyhine değerlendirilecek şekilde karar verme sürecidir³⁰⁹⁶. *Fiziki* yönü ise iki tarafın “terazide” dengelenmesi eylemidir³⁰⁹⁷. Terazî metaforu ile özdeşleşen bir akıl yürütme yöntemi olarak tanınan dengelemede³⁰⁹⁸, çatışan hakların, baştan itibaren sabit

³⁰⁹¹ Bunu yapmış bir çalışma için bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 236-361.

³⁰⁹² Aleinikoff, “Age of Balancing”, 946.

³⁰⁹³ Burada Aleinikoff’un, her iki dengeleme türünün ortak noktasının “anayasa hukuku kavramını çatışan menfaatlerin savaş alanı olarak görmesi ve bu menfaatleri tanıyıp değerleri üzerinde bir yer verebileceklerini iddia etmeleri” olduğu şeklindeki vurucu ifadesini vermeden geçmeyelim. *Ibid.*, 947.

³⁰⁹⁴ *Ibid.*, 945.

³⁰⁹⁵ *Ibid.*; William J. Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, *Nouvelle Série 14*, no. 53/54, Le Raisonnement Juridique: Actes Du Congrès Mondial De Philosophie Du Droit Et De Philosophie Sociale (Mars-Juin 1971): 403-407

³⁰⁹⁶ Iddo Porat, “The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional”, *Cardozo Law Review* 27 (2006): 7. Vurgu yazara aittir.

³⁰⁹⁷ Porat, “The Dual Model of Balancing”, 6-7. Vurgu yazara aittir.

³⁰⁹⁸ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 238; De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 25; Aleinikoff, “Age of Balancing”, 946; Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, 403.

ağırlıkları yoktur³⁰⁹⁹. Zaten amaç da çatışan hakların sınırlanması yoluyla bunların arasında uygun bir dengenin sağlanmasıdır³¹⁰⁰.

Aşağıda FAYM'nin uyguladığı tartım (dengeleme) yöntemini kısaca ele alıp, Alexy'nin dengeleme yasasını değerlendirmeye geçeceğiz. Böylece dengelemeye yönelik tartışmalara da genel olarak yer verme fırsatı bulacağız. Ancak hemen burada, dengelenen “menfaat”, “değer” ya da “çıkarlar” a dair kavram karışıklığı üzerine birkaç cümle sarf edelim. Bu kavram karışıklığı, başka bir deyişle, “dengelenen olan nedir” sorusu, aslında “çatışan nedir” sorusunun diğer yüzüdür. Biz, çatışanın, devletin anayasal koruma yükümlülükleri olduğunu, ancak haklar üzerindeki vurgunun ve odağın kaybolmaması adına “anayasal hakların çatışması” kavramını tercih ettiğimizi belirtmiştik. Anayasal haklara ağırlık atfedilmesini ve bir çatışma durumunda hakların görece ağırlıklarının tartışmasını kabul etmediğimizi, bunun haklar açısından riskli olduğunu ortaya koymuştuk. Burada derin bir tartışmaya girmeye niyetimiz yok. Bununla birlikte, en azından FAYM içtihadı çerçevesinde, dengelenenin ne olduğu sorusuna yanıt olarak verilen birkaç kavrama bakalım.

Çatışanın ne olduğu sorusuna dair yanıtlarında bir kargaşaya rastladığımız FAYM, kararlarında yarışan ve dengelenen menfaatlerden bahseder³¹⁰¹. Mahkeme *Spiegel* kararında “basın özgürlüğü, Anayasa tarafından korunan diğer değerlerle (*Werten*) çatışmaya girme ihtimalini taşır”³¹⁰² demektir. Tabii ki Alexy kendi teorisi bağlamında, burada değerler yerine ilkeleri kullanarak, “basın özgürlüğü Anayasadaki diğer ilkelerle yarışma ihtimalini taşır”, demektir³¹⁰³. Yine Alexy'ye göre, Mahkeme 1973 yılındaki *Untersuchungshaft* (Gözaltı) kararında³¹⁰⁴, ilkelerin yarışmasından bahsettiği yerde, aslında farklı değerler arasındaki rekabetten de bahsedebilirdi³¹⁰⁵. Gerek *Spiegel* gerekse de *Untersuchungshaft* kararında Mahkeme, “arzulardan”, “ihtiyaçlardan”, “menfaatler”den ve “amaçlar”dan bahsetmektedir³¹⁰⁶. Aynı kavram

³⁰⁹⁹ Barak, *Proportionality*, 346; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 247.

³¹⁰⁰ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 16, 112; Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 15. Ayrıca Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 372.

³¹⁰¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 86.

³¹⁰² BVerfGE 20, 162 (176) (*Spiegel*).

³¹⁰³ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 86.

³¹⁰⁴ BVerfGE 36, 264 (270).

³¹⁰⁵ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 86-87.

³¹⁰⁶ BVerfGE 36, 264 (269); BVerfGE 20, 162 (176). Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 88.

karmaşası literatüre de yansımış görünmektedir. Aşağıda, FAYM içtihadından itibaren dengelemeyi açıklarken kimi zaman “çıkarm”, “menfaat” veya “ilke” kimi zaman da “değer” kelimesini kullanmamızın sebebi de budur.

C. FAYM’NİN HUKUKİ DEĞERLER TARTISINDAN ALEXY’NİN DENGELEME YASASINA

“Hukuki değerler tartısı eleştirisi ve anayasal hakların çatışması ile ilişkisi” başlığı altında, FAYM’nin *Lüth* kararının, somut duruma bağlı değerler tartımı yapısını geliştirmeye başladığı ilk karar olduğuna³¹⁰⁷ dikkat çekmiştik. Bu kararda Mahkeme, hakların çatışmasında “menfaatlerin dengelenmesi”ni gerekli görmektedir³¹⁰⁸. FAYM’ye göre, medeni hukuk kurallarının uygulanmasının bir anayasal hakkı sınırladığı yerde, çatışan anayasa ilkelerinin dengelenmesi veya tartılması gerekmektedir³¹⁰⁹. Mahkeme, çatışmaları, somut durumun koşullarına göre hangi anayasal hükmün daha ağır geldiğini belirleyerek çözmektedir³¹¹⁰.

Lüth karardan sonra FAYM değer tartımına (*Abwägung*, dengeleme (*balancing*, *weighing*)) dair birçok karar vermiştir³¹¹¹. Mahkemenin *Lüth* karardan itibaren geliştirdiği dengeleme tutumuna, Habermas tarafından iki önemli itiraz gelmiştir. Habermas’a özgü olmayıp birçok yazar tarafından da dengelemeye yöneltilen bu itirazları, onlara karşılık veren ve dengelemeyi en etkili şekilde savunan³¹¹² Alexy’nin görüşlerine bakarak açıklayacağız.

Anayasa hukukunda, dengeleme yöntemine dair birçok sorun tartışılmakla birlikte, Alexy açıklamalarını şu iki itirazla sınırlamıştır. Birincisi, birçok yazarca da ileri sürülen, dengelemenin irrasyonel bir prosedür olduğu ve hakları normatif güçlerinden yoksun bıraktığı için, haklara tehlike teşkil ettiğine dair eleştiridir³¹¹³. Habermas’a göre,

³¹⁰⁷ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 131; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 115.

³¹⁰⁸ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 133.

³¹⁰⁹ *Ibid.*

³¹¹⁰ Bkz. BVerfGE 28, 243 (260). Ayrıca Hess, *Grundrechtskonkurrenzen*, 113.

³¹¹¹ Velasco, *Conflict between Basic Rights and Balancing*, 3. Ayrıca Robert Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 572.

³¹¹² Velasco, *Conflict between Basic Rights and Balancing*, 1.

³¹¹³ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 131; Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 573; Habermas, *Between Facts and Norms*, 259. Ayrıca bkz. Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 256; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 201; Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 235. Dengelemede rasyonel kriterlerin varlığına dair endişeye dikkat çeken ayrıca Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 594.

dengelemede “rasyonel standartlar yoktur”³¹¹⁴. Geleneksel standartlara göre gerçekleşen dengeleme keyfidir³¹¹⁵. Dolayısıyla dengelemeye yönelik ilk itiraz, bir başka deyişle, dengelemenin rasyonellik içermediğine ve sınırsız öznelliğe yol açan bir retorik figür olduğuna dair iddiadır³¹¹⁶.

Alexy’ye göre, daha ince bir zekayı yansıtan ikinci itiraz ise kavramsal probleme ilişkindir. Habermas bunun oldukça ilginç bir versiyonunu öne sürer. Habermas dengeleme tutumunun, hukuki kararları (*rulings*) doğru ve yanlış, doğruluk veya yanlışlık ve ayrıca haklılaştırma gibi kavramlarla tanımlanmış alandan çıkardığını ve yeterli, yetersiz ve takdir yetkisi gibi kavramlarla tanımlanan bir alana koyduğunu savunmuştur³¹¹⁷. Eğer haklılaştırma normları değerler olarak görülürse karar “değerlerin tartımı” ile sonuçlanır, ancak bu sonucu haklılaştıramaz³¹¹⁸:

“Mahkemenin yargılaması, o zaman, *kendiliğinden* bir değer yargılamasıdır, az veya çok yeterlilikte, somut değerler düzeni çerçevesinde kendisini açıkça belirten bir yaşam formunu yansıtır. Fakat bu yargılama, artık doğru veya yanlış bir kararının alternatiflerine ilişkin değildir”³¹¹⁹.

Dolayısıyla ikinci itiraz, dengelemenin veya tartımın bedelinin, doğruluk kategorisinin kaybı olduğu iddiasıdır³¹²⁰. Alexy, tartımın sonuçlar üretmekle beraber bu sonuçları haklılaştırmasının mümkün olmaması durumunda tartımın gerçeklik (*truth*), doğruluk (*correctness*), bilgi, haklılaştırma ve objektiflik kavramlarınca belirlenen bölgenin dışında konumlandırılması gerektiğini kabul eder³¹²¹. Yazar bu bölgeyi nesnellik imparatorluğu olarak adlandırır³¹²². Yazara göre, “eğer başından itibaren nesnellik alanından dışlanırsa, dengeleme tutumu öldürücü bir darbe alacaktır”³¹²³. Zira anayasal değerlendirmenin, mutlaka doğruluk iddiasıyla bağlı olması gerekir³¹²⁴.

³¹¹⁴ Habermas, *Between Facts and Norms*, 259.

³¹¹⁵ *Ibid.*

³¹¹⁶ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 573.

³¹¹⁷ Jürgen Habermas, “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, içinde *Habermas on Law and Democracy*, ed. Michel Rosenfeld ve Andrew Arato (University of California Press, 1998), 430.

³¹¹⁸ *Ibid.*

³¹¹⁹ *Ibid.*

³¹²⁰ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 575.

³¹²¹ *Ibid.*, 574.

³¹²² *Ibid.*

³¹²³ *Ibid.*

³¹²⁴ *Ibid.*

Dengeleme veya tartımın, nesnellik veya haklılaştırma ile uyumlu olmaması halinde anayasa hukukunda yeri olmamalıdır. Öyleyse dengelemenin, doğası itibarıyla irrasyonel ve sübjektif olup olmadığı sorusunu sormak gerekir. Dengeleme, gerçekten de nesnellik ve haklılaştırmadan tamamen kopmak demek midir?³¹²⁵ Bu soruya öncelikle dengelemenin genel yapısını açıklayarak yanıt verebiliriz. Hemen belirtelim ki bunun dışında da –yine bu eleştirilerle bağlantılı olan-, dengelemeye getirilen eleştirileri ele alacağız.

Bu görüşleri analiz etmeden önce, bir şeyi açıkça ortaya koymamız gerekir. Anayasal hakların çatışması, çoğunlukla anayasal hakların, hem anayasal haklar karşısında hem de anayasal (kabul edilen) değerler karşısında sınırlandırılmak zorunda kalması ile beraber değerlendirilir. İkincisini, yani çatışmada bir tarafın hak ve diğer tarafın da hak olmayan anayasal statüdeki değerler olduğu durumu çalışmamızın dışında tuttuğumuzu, çalışmamızın birçok yerinde ifade etmiştik. Çünkü anayasalcılığın özü, hakların devlete karşı korunması iken bu hakların kamusal menfaatler nedeniyle sınırlandırılması için sağlam bir meşruluk ve gerekçelendirme gerekir. Biz bu yükümlülüğün altına girmemek ve yalnızca haklara odaklanmak için “geniş çatışma” diye adlandırdığımız bu çatışma türünü çalışmamızın dışında tuttuk. Aynı şekilde FAYM’nin içtihadı çerçevesinde pratik uyuşumu ve çatışma modelini izah ederken de en zayıf ve dolayısıyla da en sağlam eleştirilere uğrayan noktalardan biri olarak hakkın, anayasal statüdeki değerler ile çatışması halinde sınırlandırılması, yani bunlarla dengelemeye girmesi haliyle karşılaşmıştık³¹²⁶. Özellikle de hakların daha üstün olduğu ima edilen

³¹²⁵ *Ibid.*

³¹²⁶ Örneğin ölçülülük ilkesine yönelik eleştirilerden biri, bu ilkenin anayasa fikrini bozduğudur (*doing violence to the idea of the constitution*). Devletin politik meşruluğunun güvenliğinin, anayasanın amacı olarak görülmesi halinde, ölçülülük ilkesi bu anayasa düşüncesine zarar verecektir. Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 197. Daha açık ifade edersek; anayasal hak, devletin kabul edilen ve kabul edilemez eylemleri arasına sınır çeker. Bu sınır çekme politik meşruiyetin güvenliği için gerekli bulunduğu ve ölçülülük ilkesi gereği yasamanın öne sürdüğü menfaat, anayasal hakkın “maliyetini” aştığı sürece, anayasanın, aslında kabul etmediği devlet eylemi mümkün hale gelecektir. Bu bağlamda ölçülülük, adeta “geçemezsin” ihtarında bulunmamaktadır da, “eğer mecbursan yapabilirsin, ama orantılı olmak şartıyla” demektir. *Ibid.*, 198. Böylelikle esasen kabul edilemez devlet eylemlerine karşı bir güvence olan ölçülülük ilkesi, bu niteliğini kaybetmektedir. Kısacası Webber, devletin kabul edilemeyen eylemlerinden kabul edilebilir eylemlerine geçiştenliğe ve belirsizliğe dikkat çekmektedir. *Ibid.*, 199. Dolayısıyla yukarıda da söylediğimiz gibi asıl haklı eleştiriler, anayasal hakkın, toplumsal veya devletin menfaati diyebileceğimiz, anayasal hak dışında kalan bir unsurla dengelenmesi konusunda ortaya çıkar. Yine Webber’in, ölçülülük ilkesi altında, ifade özgürlüğü kapsamının asla net olamayacağı ve bunun her an “yarışan menfaatler”in ağırlığına bağlı olarak tespit edilebilecek olması örneği de, karşıda hakkın öne sürülmediği bir örnektir. *Ibid.* Keza Aleinikoff da, dengelemede takip edilen “maliyet-fayda” tutumunun anayasa hukukunun kurucu

değerlerle tartılması, dengelemenin zor sorunlarla uğraşmasına yol açmıştır³¹²⁷. Her ne kadar bu kısım çalışmamız dışında olsa da bu zayıflık yer yer bizim de tezimize sirayet ederek iddia gücümüzü –gerçekte öyle olmasa da- zayıflatma izlenimi yaratmıştır³¹²⁸.

D. ALEXY’NİN DENGELEME YASASI

Alexy, dengelemenin rasyonel bir yapısı olduğunu ve bunun “dengeleme yasası” (*law of balancing*) ve “ölçüsüzlük kuralı” (*disproportionality rule*) ile açıklığa kavuşturulabileceğini iddia etmiştir. Böylece yazar, dengelemenin haklar için tehlikeli olmadığını, aksine onları korumak için gerekli bir araç olduğunu ve dengelemenin rasyonel pratik söylemin (*rational practical discourse*) alternatifi değil, vazgeçilmez bir formu olduğu iddiasını ispatlamaya girişmiştir³¹²⁹.

Anayasal hakların yapısını incelerken Alexy’nin anayasal hakları, ilkeler ve kurallar ayrımına göre, ilkeler olarak ele aldığını ayrıntılı şekilde açıklamıştık. Yazara göre ağırlık veya önem boyutuna sahip olan haklar (ilkeler), her durumda, söz konusu davadaki her bir ilkenin ağırlığına yönelik doğru bir cevap sağlayacak, anayasal bir maddi teori veya mahkeme tarafından verilen her kararın mantığını haklılaştıracak prosedürel teori gerektirir³¹³⁰. Kurallardan farklı olarak, geçerli veya geçersiz kılınamayacak ilkelerin yarışması hali bir yorumlamayı ve gerekçelendirmeyi gerektirir. İlkeler olarak anayasal hakların ağırlığını öngörülebilir bir yöntemle ölçmek mümkün olmalıdır³¹³¹. İşte bu nedenle yazar, somut olay dikkate alınarak yarışan ilkelerin uyumlaştırılması ve optimum düzeyde uygulanmaları gerektiğini savunur. Bunun yöntemsel aracı ise tartımdır³¹³².

potansiyelini tehdit ettiğine ve Amerikan toplumunda anayasal mevzuların tartışılmasında sosyal ve politik sorunların ele alınmasına dikkat çekerken, karşıda kamusal menfaatleri dikkate alır. Aleinikoff, “Age of Balancing”, 993. Tıpkı Webber’in ölçülülük ilkesi için söylediği gibi bunun, bizi, hükümetin belirli uygulamalarına izin verip vermediğimiz veya bunu tolere edip edemeyeceğimiz düşüncesine zorladığını ifade eder. *Ibid.* Dengelemenin rasyonelliğini sert bir şekilde eleştiren Habermas’ın verdiği örnekler de, çatışmanın bir tarafında özellikle FAYM’nin dikkate aldığı ilkeler veya toplumsal menfaatlere (*collective goods*) dairdir. Habermas, *Between Facts and Norms*, 259-260.

³¹²⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 219.

³¹²⁸ Dolayısıyla, biz bu yükümlülüğün altına girmemek, aslında dikey ilişkiye karşılık gelen ve dönüp dolaşıp, ölçülülük ilkesinin haklılığı ve uygulamasını değerlendirmek anlamına gelecek geniş anlamda çatışmayı konumuz dışında tutsak da, tamamen bundan kaçamadık.

³¹²⁹ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 131.

³¹³⁰ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 25.

³¹³¹ *Ibid.*, 19.

³¹³² Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 254. Bu başlık altında, genel olarak tartım ve dengeleme kavramlarını birbirinin yerine kullanılmaktadır. Alman Anayasa hukukunda da tartım ve dengeleme aynı anlamda kullanılmaktadır. Dengeleme yasasını ele aldığımız Alexy’nin de bu ikisini çoğu zaman

1. Ölçülülük İlkesi ve Dengeleme Yasası

Alexy'ye göre, ilkelerin yarışmasındaki dengeleme tutumu, bir ikna veya uygulanabilirlik mevzusu değil; fakat optimizasyon gerekliliği olarak ilkelerin doğasıyla bağlantılı, gerekli bir özelliktir³¹³³. Yazarın anayasal hakları (ilkelerin) optimizasyon gereklilikleri olarak verili olgusal (fiili) (*factually*) ve hukuki ihtimaller dahilinde, bir şeye olabilecek en geniş kapsamı vermeyi gerektiren norm şeklinde tanımladığını belirtmiştik³¹³⁴. Hakların “ağırlığı” Alexy'ye göre, koşullar altında ölçülülük ilkesine göre belirlenir. Buna göre, ölçülülük ilkesinin üç bileşeni -yeterlilik, gereklilik ve dar anlamda orantılılık ilkesi- optimizasyon fikrinin ifadeleridir³¹³⁵. Ölçülülük testi, anayasal hakkın üzerindeki sınırlandırmanın haklılaştırılıp haklılaştırılmayacağına dair analitik bir yapı sağlar³¹³⁶. Dengelemenin rasyonel ve doğrulanabilir sonuçlara yol açması noktasında ölçülülük ilkesine başvurulur³¹³⁷.

Elverişlilik ve gereklilik, ampirik meselelere odaklanır ve olgusal olarak mümkün olana ilişkin optimizasyonu ilgilendirir. Bu nedenle bu ikisi Alexy'ye göre pareto-

aynı anlama gelecek şekilde kullandığını görmekteyiz. “Tartım formülü” (*weight formula*) aracılığıyla dengelemenin rasyonel bir forma oturacağını söylediğinde bu ikisi farklı gibi görünse de, bunları birbirinden ayırmak pek mümkün görünmemektedir. Örneğin “tartım formülü”nden bahseden yazar, bu kuralın “dengeleme yasası” (*law of balancing*) olarak adlandırılacağını belirtmektedir. Bkz. Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 572-573. Literatürde bu ikisi de kullanılabilir. Örneğin Vural “tartı yasası” demektir. Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 254. Ayrıca bkz. Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 279. Ancak aslında şöyle bir önemli ayırmadan bahsedelim. Tartım için yardımcı olacak tartım formülü (*Gewichtsformel*) yukarıda değindiğimiz sözel ifade olan “dengeleme yasasına” (*Abwägungsgesetz*) dayanır. Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 54. Dolayısıyla tartım (ağırlık) formülünde (*weight formula*) yukarıda da gördüğümüz üzere aşırı aritmetikleştirme; aksine dengeleme yasasında (*law of balancing*) ise aşırı basitleştirme vardır. Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 186.

³¹³³ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 455.

³¹³⁴ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 573; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 47-48, 67; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 135.

³¹³⁵ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 572. Ayrıca Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 576; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182; Barak, *Proportionality*, 236.

³¹³⁶ Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 579.

³¹³⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 221.

optimumundan (*pareto-optimality*)³¹³⁸ başka bir şey değildir³¹³⁹. Bu iki alt ilkenin uygulanması dar anlamda orantılılık ilkesine göre daha az probleme yol açar³¹⁴⁰. Alexy'nin dengeleme yasası olarak adlandırdığı dar anlamda orantılılık ilkesi ise dengelemeye karşılık gelir ve hukuken mümkün olanla bağlantılıdır³¹⁴¹.

Alexy dengelemeyi pratik bir gerekçelendirme olarak öne sürer³¹⁴². Somut davada yarışan ilkelerin ağırlıklarını karşılaştırır. Burada normatif gerekçelendirme gerekir ve yarışan ilkelerin dengelenmesiyle hukuki olarak mümkün olanın sınırlarını belirler. Bu nedenle bu husus hukuki imkanla bağlantılıdır³¹⁴³. Yazar dar anlamda orantılılık ilkesini müdahalenin anayasal gerekçesinin dogmatik inceleme noktasına yerleştirir. Çünkü tartım/dengeleme bu noktada gerçekleşir³¹⁴⁴.

³¹³⁸ Pareto verimliliği, optimum pareto veya pareto optimumu (*Pareto-optimality*) basitçe “toplumdaki üretici, tüketici ve faktör sahiplerinden birinin durumunu kötüleştirmeden bunlardan bir başkasının durumunu iyileştirmenin mümkün olmadığı kaynak tahsis durumu” olarak tanımlanabilir. https://tr.wikipedia.org/wiki/Pareto_verimlili%C4%9Fi (erişim tarihi: 26.03.2022). Dolayısıyla Alexy'nin dengeleme yasasında kullandığı pareto optimumu kriteri, ekonomideki orijinal kullanım alanının ötesine geçer. Ancak Sieckmann'a göre bu kriter, uyumsuz seçenekler arasında seçim yapmak gerektiğinde, rasyonel karar vermenin temel özelliğini açıklar. Dolayısıyla yazara göre, bu kavramı bireylerin konumlarıyla, fayda veya tercihleri ile kısıtlamak gerekmez. Sieckmann, “Rational Lawmaking”, 354 (dp. 8).

³¹³⁹ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 573.

³¹⁴⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 221.

³¹⁴¹ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 573; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 135; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 48. Ayrıca Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 15; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182; Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 455; Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 579; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 208-209. Görüldüğü üzere, Alman anayasa hukukunda dengeleme, daha geniş bir ilke olan ölçülülük ilkesinin gereklerinin bir yönünü oluşturur. Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 572. Belirtelim ki ölçülülük ilkesi ile dengeleme, köken olarak farklı noktalardan gelirler. Özellikle Alman hukuku için bkz. Cohen-Eliya ve Porat, “American Balancing and German Proportionality”, 275 vd. Alman hukukunda ölçülülük ilkesi hakları koruma amacıyla uygulanma ve bir ilke olma yolunda gitmişken, Amerika'da dengeleme, hakların mutlaklığını önleme ve onları başka menfaatlerle dengelemenin bir yorum aracı olmuştur. *Ibid.*, 276 vd. Ayrıca bkz. Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 470. Amerika'da dengeleme yöntemi özellikle yirminci yüzyılın başlarındaki kırsal yaşamdan endüstriyel yaşama geçişteki sürecin bir sonucudur. Amaç, hakimleri bir dizi kural, standart ve ilkelerden kurtararak dikkatlerini anlaşmazlığın taraflarının özel çıkarlarına yöneltmekti. Bu bilgi ve daha fazla ayrıntı için bkz. Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, 403. Dolayısıyla yargısal dengeleme toplum mühendisliğinin bir yönünü oluşturuyordu. *Ibid.*, 403-404. Günümüzde ise bu iki kavram adeta birbirlerine geçmiş durumdadırlar. Cohen-Eliya ve Porat, “American Balancing and German Proportionality”, 265. Dengeleme ile ölçülülük arasındaki analitik farkın reddi için bkz. Cohen-Eliya ve Porat, “American Balancing and German Proportionality”, 266-270.

³¹⁴² Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 19.

³¹⁴³ Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 455.

³¹⁴⁴ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 280. Ölçülülük ilkesinin dengemelenin argümantasyonunu sağlayan bir formülasyon olduğuna dair bkz. Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 12.

Dengeleme yasasına göre, “bir ilkenin yerine getirilmemesi veya zarar görme derecesi ne kadar yüksekse, diğerini yerine getirmenin önemi de o kadar yüksek olmalıdır”³¹⁴⁵. Öyleyse tartım bir anayasal hakka yönelik müdahalenin yoğunluğu ile müdahaleyi haklı çıkaran sebeplerin önemi arasındaki ilişki ile başlar³¹⁴⁶. Buna göre Alexy’nin “üçlü skala” (*triadic scale*) olarak adlandırdığı bu gerekçelendirme sürecinde³¹⁴⁷ *ilk aşama*, ilk ilkenin (anayasal hakkın) gerçekleştirilmemesinin veya (ondan) caymanın derecesini (bu ilkeye hanel gelmesi/ilkenin zarar görmesi) saptamayı içerir. Burada saptanan, ilkeye müdahalenin yoğunluğudur. *İkinci aşamada*, yarışan ilkenin gerçekleştirilmesinin öneminin derecesi saptanır. Son olarak *üçüncü aşamada*, gerçekleştirilen önemin, önceki ilkeden caymayı veya onu gerçekleştirilmeyi haklılaştırıp haklılaştırmadığı saptanır³¹⁴⁸. Kısacası, bir anayasal hakka, yarışan bir anayasal ilkenin gerçekleştirilmesini amaçlayan yasama tedbiriyle müdahale edilmesi, bu ilkenin gerçekleştirilmesinin öneminden dolayı haklılaştırılır³¹⁴⁹.

Alexy, bu yapıya -ilk ilkeye müdahalenin yoğunluğu, ikinci ilkenin öneminin derecesi ve bunların birbirleriyle ilişkisine- ilişkin rasyonel yargılamalar mümkün olmadıkça bu yapının çok az kılavuzluk sağladığını kabul eder³¹⁵⁰. Yazara göre rasyonel yargılamalar mümkün değilse, o zaman Habermas eleştirilerinde haklıdır³¹⁵¹. Yani her şey bu tür yargılamaların gerçekleşme imkanına bağlıdır³¹⁵². Habermas’ın ilk itirazına dönük olarak Alexy, müdahalenin yoğunluğu ve önemin derecesine ilişkin rasyonel karar alınabileceğini göstermek için Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bütün ürünleri

³¹⁴⁵ “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, on principle, the greater the importance of satisfying the other.” Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 135-136; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 102; Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 573. Alexy’nin dengeleme yasasına dair ikincil kaynaklar için bkz. Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182; Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 455; Kumm, “Constitutional Rights as Principles”, 579; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 9; Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 15-16; Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 252-53.

³¹⁴⁶ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 279.

³¹⁴⁷ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182-183.

³¹⁴⁸ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 574; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 136. Ayrıca bkz. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 19; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182.

³¹⁴⁹ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182.

³¹⁵⁰ *Ibid.*

³¹⁵¹ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 574; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 136.

³¹⁵² Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 574.

üzerindeki sağlık uyarılarına ilişkin kararını³¹⁵³ ele alır³¹⁵⁴. Böylece yazar dengeleme ile çözümde, neyin (ön)varsayıldığını aydınlatmayı amaçlar³¹⁵⁵.

a. Tütün Ürünü Uyarıları Kararı

Bu karar, tütün ürünlerini içeren paketlerin üzerinde sigaranın sağlığa zararlı olduğuna dair uyarı konulması zorunluluğunun, anayasal haklarla bağdaşır bağdaşmadığı üzerinedir. Mahkeme, tütün ürünleri üzerinde sağlık uyarıları yapma ödevinin iş yapma özgürlüğüne yönelik hafif veya görece olarak az bir müdahale oluşturduğunu belirtir³¹⁵⁶. Aksine tütün ürünleri üzerindeki mutlak bir yasak ciddi bir müdahale oluşturacaktır³¹⁵⁷. Bunların arasında orta yoğunlukta müdahale de söz konusu olabilir.

Alexy'ye göre müdahalenin yoğunluğu bakımından “hafif”, “orta” ve “ciddi” şeklinde ölçekler geliştirilebilir. Yazara göre bu karar, böyle bir ölçek inşa etmenin mümkün olduğunu gösterir³¹⁵⁸. Alexy, FAYM'yi takip edip somut müdahalenin farklı yoğunlukları için icat ettiği bu ölçekle, hafif, orta ve ciddi anayasal hakkın ihlali sınıflandırmasının nasıl yapılacağını göstermeye çalışır³¹⁵⁹.

Aynı şey yarışan gerekçeler açısından da mümkündür. Sağlık riski “yüksek” olduğundan “sigara içmekten kaynaklı sağlık risklerini” azaltmak şeklindeki yarışan ilkeyi gerçekleştirmenin önemi yüksektir. Müdahaleyi haklılaştıran sebepler bu nedenle ağır gelir. Bu şekilde müdahale hafif, bunun için olan gerekçelerin önemi ağırken, FAYM'nin belirttiği gibi dar anlamda orantılılığın sonucunun “açık” olduğu söylenebilir³¹⁶⁰. Ne var ki yazar için geçerli olan bu “açıklık”, bu örneğin pek çok şeyi gösteremeyeceği eleştirisini engellemeye yetmez. Örneğin Webber'e göre, bu düzenlemelerin anayasallığı o kadar da açık değildir. Burada yanıtlanmamış birçok soru vardır: Sağlık uyarısı devlete veya tütün reklamcılarına mı düşer? Bunun maliyeti kimde

³¹⁵³ BVerfGE 95, 173 (*Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*).

³¹⁵⁴ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 574.

³¹⁵⁵ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 136.

³¹⁵⁶ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 574.

³¹⁵⁷ *Ibid.*, 574-575.

³¹⁵⁸ *Ibid.*, 575; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 136. Ayrıca bkz. Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 19; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 183; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 280.

³¹⁵⁹ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182-183.

³¹⁶⁰ BVerfGE 95, 173 (187). Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 575; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 137; Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 184-185.

olmalıdır? Bu uyarı reklamın alanını azaltır mı? Yani yazara göre bu tür teknik sorular, durumun “açık” olmadığını gösterir. Üstelik bunun bir de teknik olmayan sorular boyutu vardır³¹⁶¹.

b. Titanic Kararı

Bu iddialara yanıt olarak Alexy'nin örnek olarak verdiği bir diğer karar, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki çatışmaya ilişkin *Titanic*³¹⁶² kararıdır. Hiciv dergisi olan *Titanic*'te, sorumluluklarını başarıyla yerine getiren, belden aşağısı engelli bir yedek subay hakkında önce “doğuştan katil”, sonraki sayısında da “kötürüm” denmiştir. Düsseldorf Bölge Temyiz Mahkemesinin, *Titanic* aleyhine (subayın zararının tazminine) karar vermesi üzerine dergi, anayasa şikâyetinde bulunmuştur³¹⁶³. FAYM, kararda derginin ifade hürriyeti (madde 5/1 birinci cümle) ile ilgili subayın Anayasanın 1'inci maddesinin birinci fıkrası ile bağlantılı olarak genel kişilik hakkı (madde 2/1) arasında “davaya özgü dengeleme” (*case-specific balancing*) uygulamıştır. Alexy'ye göre bu dava da “üçlü” (*triadic*) ölçek araçlarıyla yeniden yapılandırılabilir³¹⁶⁴. Yazara göre Mahkemenin *Titanic* kararı şöyle gerekçelendirilebilir:

Tazminat kararı, daha önce izledikleri şekilde çalışmalarını yürütmek için bu tür dergi üretmeye dair gelecekteki isteği etkileyebilirdi. “Doğuştan katil” tasviri Dergi tarafından yayımlanan hicvin bağlamında yer alır. Bu bağlamda kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı, ciddi veya hukuksuz zarardan söz edilemez³¹⁶⁵. Bu nedenle kişilik hakkına müdahale orta, belki sadece hafif veya küçük bir yoğunluk olarak görülmüştür. Buna ilişkin olarak, tazminat kararı aracılığıyla subayın kişilik hakkını korumanın önemi orta ve belki sadece hafiftir. Bu değerlendirmeler kararın ilk kısmını tamamlar³¹⁶⁶. İfade özgürlüğüne ciddi bir müdahale oluşturan bir tazminat kararını haklılaştırmak için bu tazminatla giderilmesi amaçlanan, kişilik hakkına müdahale en azından ciddi olmak zorundaydı. Ancak Mahkeme bunu ciddi görmemiştir ve bu nedenle ifade özgürlüğüne müdahale orantısız kabul edilmiştir³¹⁶⁷.

³¹⁶¹ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 185.

³¹⁶² BVerfGE 86, 1 (*TITANIC/geb. Mörder*).

³¹⁶³ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 575. Ayrıca Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 185.

³¹⁶⁴ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 575.

³¹⁶⁵ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 137.

³¹⁶⁶ *Ibid.*

³¹⁶⁷ *Ibid.*, 138.

“Doğuştan katil” ifadesini, kişilik hakkına “orta ... belki de hafif” müdahale olarak görüp bu nedenle dergiye kesilen tazminatı “ciddi bir ihlal” olarak gören Alman Anayasa Mahkemesi, “kötürüm” kelimesini ise kişilik haklarına ciddi bir müdahale olarak görmüştür. Alexy’ye göre, bu genel olarak “aşağılayıcı” ve saygısız bir ifadedir. Bu nedenle ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile kişilik hakkına yapılan müdahalenin ikisinin de ciddi olduğu göz önünde tutulduğunda, tazmin kararı ile orantısız değildir³¹⁶⁸. Ancak Webber’in haklı olarak belirttiği gibi, Alexy bu aşağılayıcı saygısız ifadenin neden ciddi müdahale olduğunu söylememekte, müdahalenin değerlendirilmesini vurgulayan politik felsefeyi netleştirmemektedir³¹⁶⁹. Kanaatimizce de “kötürüm” ifadesinin, “doğuştan katil” ifadesinden daha ağır, daha doğrusu ikincisinin ilkinden daha hafif bir müdahale olarak kabul edilmesinde³¹⁷⁰ rasyonel olarak sunulmuş bir gerekçe yoktur³¹⁷¹.

2. Tartım Formülü

Alexy’ye göre bu üçlü ölçek, dengelemenin rasyonel olduğunu göstermeye yetmez. Bunun için dengelemenin içeriği olarak anlaşılan çıkarımsal bir sistemin, aslında doğruluk (*correctness*) kavramıyla bağlantılı olması gerekir. Bir kural altında altlama davasında, bu tür bir çıkarımsal sistem, “iç haklılaştırma” (*internal justification*) olarak adlandırılan çıkarımsal (*deductive*) bir şema (düşünsel çerçeve kuramı) ile açıklanabilir. Bu iç haklılaştırma, önermeler (*prepositional*), haber/ yüklem (*predicate*) ve deontik-ödev mantığının yardımıyla sağlanır. Hukuki söylem teorisi için ilkelerin dengelenmesinde, bu çıkarımsal şemanın bir karşılığının olması çok önemlidir³¹⁷². İşte

³¹⁶⁸ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 185; Alexy, “On Balancing and Subsumption”, 437-439.

³¹⁶⁹ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 186.

³¹⁷⁰ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 576.

³¹⁷¹ Alexy’nin bu konuda, Mahkemenin “kötürüm” ifadesini ciddi müdahale kabul ederken, onura sahip olmanın ne olduğu konusunda varsayımda bulunduğu ve dengelemenin keyfi olmadığı açıklaması bize pek tatmin edici gelmedi. Alexy, “On Balancing and Subsumption”. Kararın biraz daha ayrıntılarıyla değerlendirilmesi için bkz. Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük İlkesi”, 15-16. Alexy’nin örnek verdiği ve aslında geniş kapsam teorisinde değerlendirilebilecek karara bakalım. Yazarın FAYM’nin *Cannabis* (Kenevir) (BVerfGE 90, 145) kararında, kamu sağlığının uğrayacağı zararı “ciddi” ve keneviri kullanacak kişilerin uğradığı zararı “orta” olarak gördüğü düşüncesini, Smet eleştirmiştir. Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 193 vd. Aslında Alexy’nin bu yorumuyla tartım formülü, yararlı bir araç yerine dengelemenin ön varsaydığı rasyonaliteyi onaylayan retorik bir araca dönüşmektedir. Bu şekilde ister istemez Alexy, engellemeye çalıştığı subjektiflik iddiasını güçlendirmiş olmaktadır. *Ibid.*, 194.

³¹⁷² Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 575; Alexy, “On Balancing and Subsumption”.

yazar, bu çıkarımsal (tümdengelimsel) şemanın karşılığı olarak tartım formülünü (ağırlık formülü) ortaya koyar. Tartım formülü,

$$W_{i,j} = I_i / I_j$$

şeklindedir. I_i : P_i ilkesine müdahalenin yoğunluğunu (örneğin *Titanic* davasındaki ifade özgürlüğü), I_j : yarışan ilke P_j nin gerçekleşmesinin önemini (sakat subayın kişilik hakkının sağlanması) ifade eder. $W_{i,j}$, P_i 'nin somut ağırlığıdır. Bu tartım formülü, ilkenin somut ağırlığının görece bir ağırlık olduğunu gösterir. Bu, ilkeye (P_i) müdahalenin yoğunluğunun ve yarışan ilkenin (P_j) somut önemini oranı ile sağlanır³¹⁷³.

Alexy'ye göre bu sayıların varlığındaki oranların anayasa hukukunda yürütülen dengelemede kullanılmadığı iddia edebilir. Ancak ona göre, altlamanın yapısı için kullandığımız kelimeler de aslında yargısal gerekçelendirmede kullanılmaz, ama bunlar kuralların tümdengelimsel yapısını açıklamak için en iyi araçlardır. Aynı şey, tartım formülünün çeşitliliği yerine kullanılan bu sayılarla ilkelerin tümdengelimsel yapısının ifadesi için de geçerlidir³¹⁷⁴. Federal Anayasa Mahkemesi'nin *Titanic* yargılamasına bakarsak; ifade özgürlüğü (P_i)'ye müdahalenin yoğunluğu (I_i) ciddi, memurun kişilik hakkının (P_j) sağlanmasının önemi (I_j) orta veya hafif olarak değerlendirilmiştir. Geometrik ifadelerle izah edilirse; 2^0 : 1 hafif (l): 1, 2^1 : 2 orta (m), 2^2 : 4 ciddi (s) değerlerdir³¹⁷⁵. P_i ($W_{i,j}$) formülü uygulandığında bu davada $4/2$: 2 somut ağırlığı oluşturacaktır. Hakkın sağlanmasının önemi orta ve müdahale ciddi olsaydı, değer $2/4$: $1/2$ olacaktı. Sonucun 1 çıktığı davalar ise açmaz (*stalemate*) davalardır³¹⁷⁶.

“Sayılarla temsil edilen girdiler”den bahsetmişken dengelemeye yöneltilen, yalnızca kullanılan değişkenlerin değil, aynı zamanda genel olarak yasanın da aşırı matematikleştirilmesi eleştirisine değinmeden geçemeyiz³¹⁷⁷. Çatışma çözümü, bu şekilde ağırlık ve dengeleme şeklinde teknik bir meseleye dönüşmektedir. Ancak anayasal haklara ilişkin argümanların işletme ve matematiksel ölçülere dönüştürülmesi

³¹⁷³ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 576.

³¹⁷⁴ *Ibid.*

³¹⁷⁵ *Ibid.* Alexy, “On Balancing and Subsumption”, 443-444. Literatürde yürütülen birçok tartışmada da bu model dikkate alınır. Örneğin bkz. Pulido, “The Rationality of Balancing” 200 vd. Sieckmann, “Rational Lawmaking”, 359 vd.

³¹⁷⁶ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 576.

³¹⁷⁷ Bu eleştirileri yönelten yazarlar için bkz. Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 281

kabul edilemez³¹⁷⁸. Buna karşı çıkan Schladebach'a göre, bu eleştiri Alexy'nin tartım formülünün hukuki kararlar için matematiksel işlemleri ikame etmeyi amaçlamadığına³¹⁷⁹, tartım kriterlerini açıkladığına ve tartım sürecinde hukuki argümanın sıralanması gereken analitik bir araç olduğuna dikkat etmemektedir³¹⁸⁰. Ancak bizce bu eleştiriye yönelten yazarlardan biri olan Webber bunun pek tabii farkındadır. Alexy bunları bir anayasal rehber olarak düşünse de yazar “yaşam, özgürlük ve kişi güvenliği” “temel adalet ilkeleri”, “dernek özgürlüğü” gibi açık uçlu referansları netleştiremez³¹⁸¹.

Alexy'ye göre tümdengelsel bir yapının rasyonelliği, haklılaştırılabilir öncüllere dayanıp dayanmadığı ile doğrudan bağlantılıdır. Tartım formülü ile ortaya konan yapı, eğer girdiler bu yapıyı rasyonellik alanından dışlayacak nitelikte olsaydı, rasyonel bir gerekçelendirme yapısı oluşturamayacaktı. Ancak yazara göre burada sayılarla ifade edilen girdi, bir yargıdır. Yazar buna, ağır engelli birine kötürüm demenin kişilik hakkına ciddi bir ihlal oluşturduğu yargısını örnek gösterir.³¹⁸² Doğruluğa ilişkin sorular ortaya çıkaran bu karar, bir söylemde başka bir tümdengelsel şemanın sonucu şeklinde haklılaştırılabilir³¹⁸³. Anayasa Mahkemesi “kötürüm”ün aşağılayıcı ve saygısız olduğu argümanı ile bu söylemi uygulamıştır³¹⁸⁴.

Alexy'ye göre, ağırlık formülü, Mahkemenin yukarıdaki argümanı ile ifade özgürlüğüne müdahalenin yoğunluğu argümanlarının doğruluklarını, somut davada Titanic'in hakkının ağırlığına dair yargılamasına doğruluk aktarır³¹⁸⁵. “Bu bir söylemde (*discourse*) hukuki yargılamanın doğruluğunu kurmak için rasyonel bir yapıdır. Bu yapının temel elementi yargılamalar ve önermelerdir”³¹⁸⁶. Yazar buradan, dengelemenin doğasının “önermesellik” (*propositionality*) olarak nitelendirilebileceği sonucuna varır.

³¹⁷⁸ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 191.

³¹⁷⁹ Alexy'nin, dengeleme tekniğini, matematiksel olarak evrensel bir formüle dönüştürerek, şeffaf ve daha yüksek bir kesinliği sağladığı iddiası için bkz. Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 281. Hatta Alexy'nin formülünü süreç ve sonuç açısından optimizasyonu amaçlayan, yani niteliksel olarak iyileştirilmiş çatışan değer tartımı için faydalı ve gerekli bulan yazar, bunu açıkça kendisi ifade etmektedir: “Buna, evrensel olarak reddedilen ‘altlama makinesi’ modeline dayalı olarak, yasayı kullananın bir ‘tartı makinesi’, hatta bir ‘ağırlık makinesi’ olacağı itirazı yapılamaz.” Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 281-82.

³¹⁸⁰ Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 282.

³¹⁸¹ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 193.

³¹⁸² Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 576.

³¹⁸³ *Ibid.*, 576-577.

³¹⁸⁴ *Ibid.*, 577.

³¹⁸⁵ *Ibid.*

³¹⁸⁶ *Ibid.*

Bu anlamda, Habermas'ın, dengelemenin mutlak olarak haklılaştırma, doğruluk ve nesnellığın dışında bir alana çıkardığı itirazı reddedilir³¹⁸⁷.

Alexy'ye göre tartım formülü bir argüman formudur ve bununla bağlantılandırılmış yargılamalar veya önermeler başka argümanlar aracılığıyla haklılaştırılmalıdır. Kısaca özetlersek; yazarın mantığını “argümantatif” bir bakış açısına dayandırdığı ve bu şekilde söylemsel anayasacılık ile dengeleme arasında ve hatta anayasal haklar arasında zorunlu bir bağın varlığını iddia ettiğini söyleyebiliriz³¹⁸⁸. Bu bağlamda, yazara göre dengelemenin söylem kadar rasyonel olduğu iddia edilerek Habermas'ın irrasyonelite itirazına karşı gelinbilir. Pratik söylem rasyonel olmasaydı, katiyen pratik rasyonelite olmayacaktı³¹⁸⁹. Dengelemeye yöneltilen ölçülemezlik eleştirisini ele alırken bu örneklere ve Alexy'nin rasyoneliteye dair görüşlerinde ne kadar haklı olduğu değerlendirmesine yeniden döneceğiz.

E. DENGELEMeye YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Aşağıda Alexy'nin açıkladığımız dengeleme yasasına ve genel olarak dengeleme yöntemine yöneltilen eleştirileri değerlendireceğiz. Bunu özellikle anayasal hakların yapısı ile bağlantılı olarak yapacağımızı belirtmiştik. Bu nedenle öncelikle pareto-optimumu ve anayasal hakların ağırlığının tartılması meselesini değerlendireceğiz.

³¹⁸⁷ *Ibid.*

³¹⁸⁸ *Ibid.* Nitekim, yazarın makalesinin devamından da bunu anlıyoruz. Gerek anayasal değerlendirmeyi açıklarken gerekse de anayasa yargısının meşruluğunu ortaya koyarken yazar, anayasal değerlendirmenin esasen söylemsel ve argümantatif yönünü vurgular. *Ibid.*, 578. Hatta yazara göre, demokrasi kavramı yalnızca karardan değil, aynı zamanda argümandan da oluşur. Bu noktada da yine temsilin tartışmacı ve söylemsel olduğuna dikkat çeker. Alexy, *Ibid.*, 578 vd.

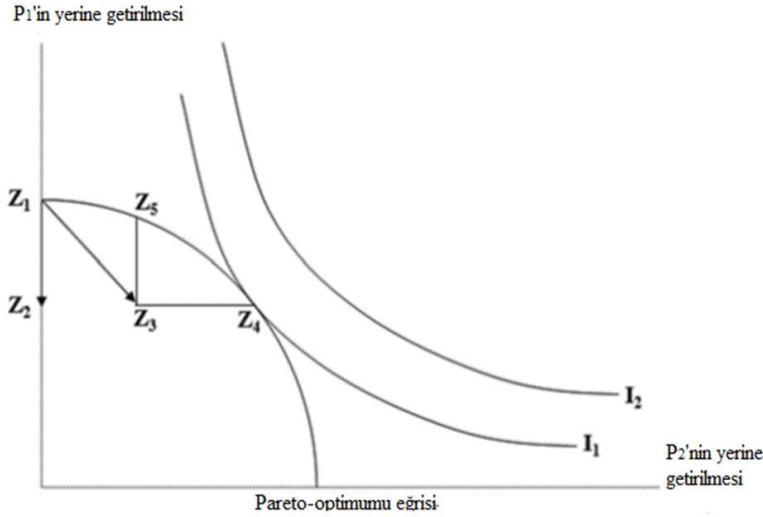
³¹⁸⁹ *Ibid.*, 577.

1. Pareto-Optimumu ve Anayasal Hakların Ağırlığı

Öncelikle, Alexy'yi takip ettiği anlaşılan Sieckmann'ın³¹⁹⁰ da argümanlarını dayandırdığı kriter olan pareto-optimuma³¹⁹¹ bakalım.

“Pareto-optimumu kriteri, ilgili bireylerden en az birinin konumunu bozmadan değiştirilemeyecek olan durumları optimal olarak tanımlar. Buna göre, çözümler ancak ve ancak ilgili en az bir ilkenin yerine getirilme derecesini azaltmadan değiştirilemiyorsa pareto-optimaldir. İlgili ilkelerden birinin herhangi bir kazanımı, çatışan bir ilkenin yerine getirilmesinde bir kayıpla sonuçlanmalıdır”³¹⁹².

Yazarın verdiği tabloyu buraya alalım.³¹⁹³



P₁: “Herkes serbestçe konuşma hakkına sahiptir.”

P₂: “Herkes kişisel haysiyet hakkına sahiptir”³¹⁹⁴.

³¹⁹⁰ Sieckmann farklı dengeleme kavrayışlarından bahseder. Yazar “özerk dengeleme” kavramını, “yorum olarak dengeleme” ve “hesaplama olarak dengeleme”den ayırır ve hatta bunların birbiriyle çeliştiğini belirtir. Sieckmann, “Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing”, 350. Yorum olarak dengelemeye, bir kararın oluşmasına rehberlik eden soyut kriterlerin uygulanmasında başvurulur. Hangi yorum en iyi ise, onun uygulanması gerektiğini ileri süren bu görüşte, mesele hangi yorumun en iyisi olduğunun belirlenmesidir. Hesaplama olarak dengeleme, isminden de anlaşılacağı üzere adeta matematiksel hesaplama ile belirli bir kriterle dayanılarak çatışan değerler arasında bir öncelik ilişkisi kurar. *Ibid.* Yazarın benimsediği ve Alexy'yi takip ettiğini gördüğümüz dengeleme türü ise “özerk dengeleme”dir. Burada çatışan argümanlar arasında bir öncelik ilişkisi kurulur. *Ibid.* Özerk dengeleme şu üç unsuru içerir: “İlk olarak, birbiriyle dengelenecek argümanlar; ikinci olarak, çelişen argümanlar arasında bir öncelik oluşturmayı amaçlayan dengeleme prosedürü; ve üçüncü olarak, dengeleme kararından kaynaklanan kesin norm.” *Ibid.*, 351.

³¹⁹¹ *Ibid.*, 353-355.

³¹⁹² *Ibid.*, 355.

³¹⁹³ *Ibid.*, 353.

³¹⁹⁴ *Ibid.*, 351.

Bu eğride hem P₁'in hem de P₂'nin gerçekleştirilmesi en iyi senaryo, ikisinin de gerçekleştirilmemesi ise en kötü senaryodur³¹⁹⁵. Yalnızca somut çözümlerde gerçekleştirilebilecek olan bu eğride, kimi zaman sonuç her şey veya hiçbir şey şeklinde de olabilir ki Sieckmann'a göre bu hala normatif argümanların dengelenmesi demektir³¹⁹⁶. Grafiğe göre Z₂ ve Z₃ pareto optimumu değildirler. Z₂, P₂ için bir kazanım olmaksızın, P₁'in kısıtlanmasının sonucudur. Z₃, P₂'nin kısmen gerçekleştirilmesini elde eder ancak pareto optimumu eğrisi üzerindeki Z₄ ve Z₅ pareto optimumu açısından Z₃'ten daha iyi bir çözüm sunar³¹⁹⁷.

Pareto optimumu kısaca, bir çatışma meydana geldiğinde iki ilkedden P₁ ile P₂'den birinin yerine getirilme oranı arttıkça diğerinin gerçekleşme derecesinin düştüğünü göstermektedir.³¹⁹⁸ Biz bu şekilde bir optimaliteden bahsedebileceğini düşünmüyoruz. Sieckmann'ın verdiği örnekten yola çıkalım. Birisinin diğerini yalancı olmakla itham ettiği bir ifade, ifade özgürlüğünün altında korunacak mıdır korunmayacak mıdır? Yani ifade özgürlüğü ile kişi haysiyeti hakkı arasındaki çatışma nasıl çözülecektir?³¹⁹⁹ Burada öncelikle yasama organının gerçekleştirdiği soyut-genel dengelemeye bakarız. Bu noktada da çalışmamızda daha önce ortaya koyduğumuz çıkarımlarla karşılaşıyoruz. Nedir bunlar? Bunları tüketici olmayan bir şekilde sıralamaya çalışalım.

İlk olarak, çatışan iki anayasal hak normundan ve dolayısıyla devletin bu iki hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak veya gerçekleştirilmemesini önlemek adına pozitif yükümlülüğünden söz ederiz³²⁰⁰.

İkinci olarak, anayasal hakların ağırlıklarını tartmaktan bahsedemeyiz, çünkü bu haklar anayasal seviyede korunmuştur ve anayasa koyucunun sınırlama imkanı getirmemiş olduğu, basitçe “ifade özgürlüğü korunur” ve “kişi haysiyeti” korunur şeklinde açık dokulu³²⁰¹ ifadelerle karşılarız. Anayasal hakların bu tarz ifadelerinin özelliklerine değinmiştik. Elbette bu ifadelerin kazuistik yöntemle ortaya konan ifadeler

³¹⁹⁵ *Ibid.*, 354.

³¹⁹⁶ *Ibid.*, 355. Eğrinin daha ayrıntılı açıklaması için bkz. 353-355.

³¹⁹⁷ *Ibid.*, 358.

³¹⁹⁸ *Ibid.*, 354.

³¹⁹⁹ *Ibid.*, 351.

³²⁰⁰ Ayrıca bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 208.

³²⁰¹ Hart, *The Concept of Law*, 124 vd.

kadar net olduğu söylenemez. Ancak tekrarlayalım ki hak normlarının bu özellikleri de bizim, anayasal hakları ilkeler olarak kabul etmemizi gerektirmez³²⁰².

Üçüncü olarak, anayasal hakların özellikleri Alexy'nin ve onun görüşlerini takip eden diğer yazarların iddia ettiği gibi zorunlu olarak bir ağırlıklandırma yapmamız anlamına da gelmez. Elimizdeki örnekte ifade özgürlüğü ile kişisel haysiyet hakkının kapsamı değişmez. Neticede Anayasa “dostluk içeren, samimiyet içeren, düşmanca olmayan, bilimsel olan, sanatsal olan, insanı üzmeyen, başkasını kırmayan veya siyasi olan” vb. ifadeler korunur, dememektedir. Bu noktada bir çelişkiye düşmediğimizi göstermek adına konuyu –Barak’ın görüşlerinin de yardımıyla- biraz daha derinleştirmemiz gerektiğini düşünüyoruz.

Öncelikle çalışmamızın arka planına, anayasal hakların birbirlerine sınır çizmelerinin hakka “içkin” olduğu görüşünü yerleştirdiğimizi hatırlatalım. Hakkın koruma alanının sabit bir noktada olmamasının irrasyonel kabul edilecek veya anayasal korumaya zarar verecek bir yönü yoktur. Hakların, çatışmadan dolayı sınırlamaya tabi olduğunu, ancak belirli kriterler dâhilindeki istisnai durumlar hariç içkin sınırın sabit olmayan “oynak” bir sınır oluşturduğunu zaten vurgulamıştık³²⁰³.

Daha önce Alexy'nin dengeleme yasasını ve yazarın ilke olarak nitelediği hakların çatışması için “türetilmiş anayasal kural” a değinmiştik³²⁰⁴. Alexy'ye göre açmaz davalar³²⁰⁵ haricinde, ölçülülük ilkesinin uygulanması, farklı koşulların önceliği değiştirmesi gibi, “önceliğin şartsal ilişkisi” (*a conditional relation of precedence*) ile sonuçlanır. Diyelim ki A ilkesi B'yi C koşulunda önceliyor. C şartı burada iki hakka müdahalenin derecesini ve üçlü ölçekteki konumları belirlemeye ilişkin koşulları ifade eder. Bu iki hak arasında ortaya çıkacak sonraki tüm davalar eğer C koşulu yerine

³²⁰² Aksine, dengeleme gerekliliği için anayasal hakların, ilke olarak anlaşılması gerektiğine dair görüş için bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 206-207. Bu konuyu Alexy'nin ilkeler teorisini değerlendirirken ayrıntılarıyla açıklamıştık.

³²⁰³ Bkz. “FAYM'nin dar kapsam teorisi yönünde aldığı kararların değerlendirmesi” ve “İkinci Görüş: Sınırlama gerekçesi olarak başkalarının hakları” başlıkları.

³²⁰⁴ Türetilmiş kuralı, özellikle ilkeler teorisini ele alırken *Lebach* kararı için ayrıntılı şekilde incelediğimiz için burada ayrıntılara girmedik. Bkz. “İlkelerin yarışması ve kuralların çatışması” başlığı.

³²⁰⁵ Alexy, yarışan haklardan birine müdahalenin diğerini gerçekleştirme ile eşit olduğu davaları, açmaz davalar olarak adlandırır. Bu tür davalarda yasamanın “dengelemede yapısal bir takdir yetkisi”ne sahip olduğuna dikkat çeker. Dikkat çeken Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 184.

getirilirse, bu şartlı öncelik ilişkisi altında “altlanacaktır” (*subsumed*)³²⁰⁶. *Lebach* kararına bakarak, farklı koşullar altında farklı kuralların türetilmesinin ne demek olduğunu da örneklendirmiştik³²⁰⁷.

Türetilmiş kural anayasadan kaynaklansa da –Alexy’nin iddia ettiği aksine– yalnızca anayasa altı düzeyde işler. Dolayısıyla hakkın kapsamını değil, ancak onun sınırlandırmasının anayasal olup olmadığını belirleyerek gerçekleştirilmesini etkiler³²⁰⁸. Bu genel-soyut dengeleme ile de bağlantılı şekilde, hukukun farklı alanlarında bir çözüm anlamına gelebilir. Örneğin, ifade özgürlüğü ile haysiyet hakkının çatışmasında iftira veya aşağılama haksız fiil hukukuna yerleştirilmiş olabilir. Bu noktada da, daha önce defalarca vurguladığımız gibi, haklar arasında dengeleme yapan esasen yasama organıdır³²⁰⁹.

Gerçi Barak da anayasal hakları ilke olarak kabul ettiği için hakların maksimum seviyede gerçekleştirilmesi gerektiği görüşündedir. Ancak biz anayasal haklar açısından kural-ilke ayırımına gitmediğimizi, bununla beraber kimsenin de inkâr edemeyeceği şekilde anayasal hakların bazı özelliklerini göz önünde tutmamız gerektiğini söylemiştik. Hakkı ilke olarak kabul etmememiz, maksimum seviyede gerçekleştirilmesi gereken hakkın tüm kapsamı çerçevesinde gerçekleşemese de temel doğalarını kaybetmeyecekleri görüşünü³²¹⁰ savunmamıza engel değildir. Aksine bu görüşle tutarlıdır. Öyleyse sonuç şudur ki “her iki anayasal hak da çatışmadan yara almadan kurtulur: Her ikisi de orijinal kapsamına göre geçerliliğini korur. Hukuk sisteminin sınırları içinde bozulmadan kalır”³²¹¹.

Çözümün anayasal hakkın kapsamı veya geçerlilik alanında değil de hakkın koruma alanının tespitinde arandığı ve çatışmanın etkilerinin anayasa altı düzeyde yasa koyucunun yaptığı sınırlamalarla sonuç doğuracağı³²¹² dikkate alınır, dengelemeye

³²⁰⁶ *Ibid.*

³²⁰⁷ Bkz. “İlkelerin Yarışması ve Kuralların Çatışması” başlığı. Ayrıca bkz. Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 253; Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 273.

³²⁰⁸ Barak, *Proportionality*, 81. Nitekim, FAYM’nin çatışma modelini ele alırken ortaya koyduğu sınırlama klozunun anayasadan kaynaklanmakla beraber, esasen anayasa altı düzeyde işlediğini detaylarıyla ortaya koyduk.

³²⁰⁹ Barak, *Proportionality*, 90.

³²¹⁰ *Ibid.*, 87.

³²¹¹ *Ibid.*, 88. Bu görüşü benimseyen bir diğer yazar için bkz. Schyff, “Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights”, 72-73.

³²¹² Barak, *Proportionality*, 89.

yönelik ağırlık konusundaki birçok eleştiri de boşa çıkabilir. Buna yeniden döneceğiz. Ancak üçüncü çıkarımımız ile ilgili açıklamalarımızı burada kapatıp devam etmek istiyoruz.

O halde *dördüncü olarak*, yine çalışmamızda ortaya koyduğumuz hususa geliyoruz. Burada normlar çatışması vardır. P₁ ile P₂ arasındaki çatışmanın, hakkı kullanan kişilerin kullanım biçimlerine de bağlı olarak ortaya çıkması her zaman imkan dahilindedir.

Beşinci olarak, bu açıklamalarımızdan yola çıkarak demiştik ki her şeyi ve de tüm ayrıntılarıyla olmasa da yasa koyucunun öngöreceği ve ortaya çıkması halinde yön göstereceği çatışma durumları olabilir. Bunda da kriter, bir hakkın bir başkasının hakkı ile aynı anda gerçekleştirilememesi nedeniyle, hakkın sınırlandırılmak zorunda olmasıydı. Sorumlu organ olarak yasa koyucu bu çözümü –anayasa altı düzeyde- yani hakkın kapsamına ve ağırlığına dokunmadan, ancak koruma alanını daraltarak yapacaktır. Ceza kanununda “yalan beyan suçtur” şeklinde bir norm ile medeni kanunda “yalan söyleyerek başkasının kişi haysiyetine zarar veren kişi, verdiği zararı tazmin eder,” şeklinde norm yasa koyucunun ürettiği soyut-genel çözümü öngörür.

Aynı şeyi “hakaret” içeren ifadeler için düşünelim. Her ne kadar yasa koyucu hakaret halinde ifade özgürlüğünü korumamış olsa da neyin hakaret oluşturduğu ve oluşturmadığı sorusunun yanıtı hakimin değerlendirmesine kalabilecektir. Bu noktada örneğin bir siyasetçinin “basiretsizlik”le suçlanması ifade özgürlüğünün koruma alanında kabul edilirken, bir hakimin “basiretsiz” olduğu bu koruma alanında değerlendirilemeyecektir. Bizce burada iki pratik karar verme türü olan, menfaatlerin dengelenmesi ve aynı zamanda yasal kavramlar altında sınıflandırma da dikkate alınacaktır³²¹³. Çünkü davaları hukuki kavramlar altında somutlaştırmak zorunda olan hakimler, genel ve muğlak kavramlara ilişkin içerik ve anlam sağlamak için özel bir menfaat dengesine de ihtiyaç duyabilirler³²¹⁴.

Neticede Sieckmann’ın veya Barak’ın örneğine dönersek; çatışmanın tanımında yer aldığı üzere, devletin sorumlu olduğu korumayı aynı anda sağlamanın mümkün

³²¹³ Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, 405-406.

³²¹⁴ *Ibid.*, 406.

olmadığı iki hak vardır ve bir çözüm üretmek için bunlar arasında bir öncelik kurmak gerekecektir³²¹⁵. Bu noktada farklı kriterleri dikkate alacak olan da yargı olacaktır. Yeniden anayasal hakkın açık dokululuk özelliği ile değerlendirirsek; hakim mutlaka bir yorum veya takdir yetkisine sahip olacaktır³²¹⁶. Burada örneğin bu ifadenin yanlış olmaması kaydıyla ifade özgürlüğünün kişisel haysiyet hakkını öncelediği söylenebilir. Ya da farklı bir ifadeyle; yanlış olmayan ifade söz konusu olduğunda ifadeye izin verilmesinin ifadeyi yasaklamayı öncelediği söylenebilir. Bu özerk bir bireyin akıl yürütmesini oluşturduğundan burada bireysel bir normatif yargı vardır³²¹⁷. Bu nedenle de biz, aşağıda daha detaylıca açıklayacağımız üzere, yasama ile yargının birbirini tamamladığını düşünüyoruz. Ancak öncelikle dengelemeye getirilen en önemli eleştirilerden biri olan *ölçülemezlik* eleştirisi üzerinde durmak istiyoruz. Dengelemenin irrasyonel sonuçlara yol açmakla suçlanmasının ana sebeplerinden biri budur.

2. Ölçülemezlik Eleştirisi

Dengelemeye dair asıl eleştiriler, dengelemeyi bir metodolojiden çok bir slogana ittiği³²¹⁸ savunulan ölçülemezlik iddiası ve optimizasyon için ortak bir kriterin yokluğu şeklindeki eleştiriler olarak özetlenebilir. Ölçülemezlik kavramı ile kastedilen, çatışan hakların birbirine karşı tartılacağı ve bunun sonucunda daha büyük değer bulunacağı “ortak bir ölçek” bulmanın zorluğudur³²¹⁹.

Dengeleme, Mahkemenin çatışan haklara değer verip, onları karşılaştırmak için objektif kriterler sunamamasıyla eleştirilir. Klasik bir tabirle, elmalar ile portakalların karşılaştırılmaması meselesini ifade eder. Karşılaştırma yapmak için ölçüte ihtiyaç vardır. Bu ikisi ya fiyatına göre ya da meyve ölçütüne göre konumlandırılabilir³²²⁰. Haklar

³²¹⁵ Sieckmann, “Rational Lawmaking”, 351. Sieckmann, yarışanların ve dolayısıyla aralarında öncelik kurulacak olanların argümanlar olduğuna ve yalnızca çatışan argümanların değil, aynı zamanda tamamlayıcı argümanlara da ihtiyaç olduğuna dikkat çeker. *Ibid.*

³²¹⁶ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 379.

³²¹⁷ Sieckmann, “Rational Lawmaking”, 351.

³²¹⁸ De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 17.

³²¹⁹ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 194. Aynı yönde Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 471; De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 17; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 132; Zucca, “Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas”, in Brems, *Conflicts Between Fundamental Rights*, 29; Aleinikoff, “Age of Balancing”, 973; Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, 404; Stephen E. Gottlieb, “The Paradox of Balancing”, *Hastings Law Journal* 45, no. 4 (1994): 841-842.

³²²⁰ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 972. Ayrıca bkz. Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 475; Schlink “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?”, 299.

için bir örnek verirsek mahremiyet hakkını ifade özgürlüğüne karşı dengelemek daha çok “belirli bir çizginin, belirli bir kayanın ağır olduğundan daha uzun olup olmadığına karar vermek gibidir”³²²¹.

Ölçülemezlik tezini çürütebilecek şekilde hangi standarda göre anayasal hak ve yarışan bir ilkenin optimizasyonu ölçülebilecek?³²²² Veya Zucca’nın sorusuyla “iki ölçülemez değer haklar çatışmasında vücut bulması halinde, bunları önem veya ağırlıklarına göre çözmek nasıl mümkün olacaktır?”³²²³ Tanımlanmış ortak bir ölçek olmadan, ölçülülük ilkesi cevap için direkt bir sebep vermek yerine, yalnızca ölçülemeyen şeyler arasındaki seçimin gerekçesine yardım edebilir³²²⁴. Peki, Alexy’nin geliştirdiği üçlü ölçek bu eleştirileri engellemekte midir?

Webber’in de belirttiği gibi iki ilke, menfaat veya değer ağırlıkları ölçülemez³²²⁵. Gerekçeleri dengeleme, menfaatleri dengeleme ile eşit değildir. Pratik gerekçelendirmeyi tanımlamak için “dengeleme sebepleri”ne atıfta bulunmak, “ölçülülük ilkesinin yaptığı gibi kesinlik ve ispat edilebilirlik iddiasında bulunmak demek değildir”³²²⁶.

“Gerekçelerin ağırlıklarını ölçmek veya dengelemek ulaşılabilir alternatiflerin avantajlarının ve dezavantajlarının incelenmesini gerektirebilir, fakat bu teknik anlamda bir değeri belirleme ve ağırlığını ölçme için ortak bir değerlendirme skalası icat etmek değildir. Daha çok, ilgili sebepleri akılda tutarak, kendi yargısına göre en zorlayıcı olan (*compelling*) sebebe göre süreci ilerletir; konuşma diliyle söylenirse, bu sebebi “daha ağır olan” olarak tanımlar”³²²⁷.

Buna rağmen Alexy’nin üçlü skalasına gelirse; yazar soyut ağırlıkların eşit olduğu varsayımından yola çıkarak, somut müdahalenin farklı yoğunlukları için bir ölçeğin icat edilebileceğini ve bu ölçek üzerine bir pozisyon atamanın mümkün olduğunu

³²²¹ Bendix Autolite Cort. V. Midwesco Enterprises, Inc., et al., 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, J., diss.)’den aktaran De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 17. Ayrıca Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, 404-405.

³²²² Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 194.

³²²³ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 85. Webber’e göre, alternatif fikirlerin maliyet ve faydalarının tam ölçülebilirliğinin mümkün olması için gerekli koşullar ahlaki bir gerekçelendirmede değil, ancak teknik bir alanda uygulanabilir. Ahlaki ve politik değerler ise tek bir metrikte değil, birden fazla değer biçmeyi açığa çıkaran anayasal haklarla bağlantılı yapılmalıdır. Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 196.

³²²⁴ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 196.

³²²⁵ *Ibid.*, 196-197.

³²²⁶ *Ibid.*, 197.

³²²⁷ *Ibid.*

iddia etmektedir³²²⁸. Webber’e göre, FAYM’nin içtihadını takip etmesinden olsa gerek Alexy, ölçek tercihine ilişkin normatif bir argüman sağlamamıştır³²²⁹. Üstelik Alexy kimi davalarda bu icatla bile hafif ve ciddi ihlalleri ayırmanın imkansız olduğunu belirtir³²³⁰. Bu durumda yazar “dokuz-aşamalı çift-üçlü model”i (*nine-stage double-triadic model*) önerir³²³¹.

Alexy, anayasal hakların ve yarışan ilkelerin öneminin Anayasaya istinaden değerlendirilebileceğini iddia etmektedir³²³² ve buna “anayasal bakış açısı” (*the constitutional point of view*) demektedir. Yazara göre bu bakış açısı hakların “karşılaştırılabilirliğine dolaylı olarak yol açar”³²³³. Yazar bu üçlü skala ile beraber “ortak bir bakış açısı”ndan hareket edildiğinde, eşölçülemezliğin kaldırılabileceği iddiasındadır³²³⁴. Ancak Alexy, “anayasal bakış açısı” dediği şeyi uygulayarak anayasal bir hakka veya yarışan bir ilkeye ilişkin meseleleri kapsamakta başarısız olacak tek bir ölçek tanımlamaktan kaçınmaktadır³²³⁵. Alexy bu ölçülemezlik eleştirisine bir cevap sağlamak adına anayasal hakka müdahale için üçlü ölçeği geliştirmeye devam etmektedir³²³⁶. Alexy, bunun dengelemenin sonucuna dair anlaşmazlığın yerini almayacağını bilmesine rağmen, bu uyuşmazlığın anayasal bakış açısına ilişkin olacağını iddia etmektedir³²³⁷.

Alexy’nin görüşünü ikna edici bulmayan Webber’e göre, Alexy’nin önerdiği üçlü ölçeğin yardımcı olabilmesi için Anayasanın bu ölçeği öngörmesi veya müdahale derecelerinin nasıl sınıflandırılacağına dair bir rehberlik sağlaması gerekirdi. Dengelemenin söz konusu olduğu iki ilkenin de kökeni Anayasada olmadıkça (*pedigree in the constitution*) Anayasanın müdahale yoğunluklarını nasıl belirlemeye yardımcı olacağına dair bir açıklık yok demektir³²³⁸. Alexy, yarışan ilkenin “anayasanın içinde olması veya müdahale için bir sebep olarak kabul edilmesi”ni³²³⁹ hesaba katmaktadır.

³²²⁸ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 182.

³²²⁹ *Ibid.*, 183.

³²³⁰ Alexy, “On Balancing and Subsumption”, 443.

³²³¹ *Ibid.*

³²³² Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 194.

³²³³ Alexy, “On Balancing and Subsumption”, 442.

³²³⁴ *Ibid.*

³²³⁵ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 194.

³²³⁶ *Ibid.*, 194-195.

³²³⁷ *Ibid.*, 195.

³²³⁸ *Ibid.*

³²³⁹ Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, 138.

Webber şunu sormaktadır: Yarışan bir ilkenin anayasaca kabul edilmesi, bu ilkeye yapılan bir müdahalenin hafif, orta veya ciddi olup olmadığını da anayasanın düzenlediği sonucunu getirir mi? Alexy'nin bunu olumlu anlamda bir cevabı yoktur³²⁴⁰.

Alexy'ye göre, ilkeler yarıştığında her birinin mümkün olduğunca gerçekleşmesi için dengeleme uygulaması gerekli olduğu için dengeleme ilkeler olarak anayasal hakların karakterinden çıkarılabilir³²⁴¹. Dengeleme ile ilkeler arasında Alexy'nin iddia ettiği gibi mantıksal ve gerekli bir bağ yoktur. Alexy ilkelerin olabildiğince geniş kapsamda geliştirilmesini “doğru” uygulama olarak anlamaktadır. Peki ya bir ilkeye yanlış öncelik verilirse veya ilke olabildiğince gerçekleştirilmezse?³²⁴²

Alexy'nin formülüne göre, müdahalenin veya diğer hakkı gerçekleştiriminin “hafif, orta ve şiddetli” olduğunun tespiti en temel sorunlardan biridir³²⁴³. Buna ek olarak; bir ilkeye müdahalenin yoğunluğu ölçeğinin her bir ilke için, diğer ilke ile karşılaştırma olmaksızın değerlendirildiği dikkate alınır, bir ilkeye hafif bir müdahalenin başka bir ilkeye hafif bir müdahale ile aynı ölçekte olduğu varsayılmamalıdır. Webber Kanada Yüksek Mahkemesinin *Syndicat Northcrest v. Amselem*³²⁴⁴ kararına değinmektedir. Yahudi birey balkona “suka”³²⁴⁵ (*succah*) yapmak istemektedir ancak bu sözleşmeye göre yasaktır. Kanada Yüksek Mahkemesi dini özgürlüğü geniş bir tanımla kabul etmektedir; dini vecibeler gereği suka yapmak, açıkça anayasal güvencenin kapsamına girer. Webber bunun zorunlu olmayan bir dini kaide olduğunu ve bu durumda müdahalenin “hafif” olduğunu varsaymamızı beklemektedir. Mülkiyet sahibinin çatışan hakkının amacı ise

³²⁴⁰ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 195.

³²⁴¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 67. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *ibid.*, 67-69. Ayrıca Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 459.

³²⁴² Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, 459-460. Möller'e göre, hangi ilkenin öncelikli olduğunu bilmek için ahlaki bir argümantasyon yürütmek gerekir. Ahlaki argümana ihtiyaç duymak ise Alexy'nin teorisine bir darbedir; çünkü onun teorisi ancak ahlaki argüman iki yarışan ilkenin dengelenmesini ima ediyorsa doğrudur. Ancak Möller'e göre, çatışan değerlendirmeler için dengelemeye dayanmayan birçok ahlaki gerekçelendirme yolu vardır. *Ibid.*, 460.

³²⁴³ Moreso, “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights”, 38

³²⁴⁴ *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2161/index.do> (erişim tarihi: 26.03.2022).

³²⁴⁵ Baraka veya çadır anlamına gelen sukalar, duvarlara ağaç dalları ve yaprakları gibi organik malzemelerle yapılan küçük yapılardır. Bu yapılar Sukot (Barakaların Festivali veya Çadırların Festivali) denilen Yahudilerin kutsal bayramında, yedi gün boyunca devam eder. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Sukot>. “Levililer kitabına göre, Tanrı Musa'ya halka şunu emretmesini söyledi: ‘Yedi gün çardaklarda (Sukalarda) oturacaksınız, İsrail’de bütün yerliler çardaklarında oturacaklar. İsrail oğullarını Mısır diyarından çıkardığım zaman, onları çardaklarda oturduğumu nesilleriniz bilsinler.’ (Lev. 23:42-43).” <https://tr.wikipedia.org/wiki/Sukot> (erişim tarihi: 26.03.2022).

estetik uyumdur³²⁴⁶. İddiacının kendi sukalarını kurduğunu, estetik uyuma müdahalenin, senede sadece dokuz gün olduğunu ve çok az iddiacının olduğunu yani sayılarının da az olduğunu hesaba katarak, “hafif” olduğunu varsayalım³²⁴⁷.

Bu iki “hafif” müdahale ölçülebilir mi? Yazara göre tabii ki hayır. Her iki olayda, müdahalenin hafif, orta veya ciddi olup olmadığı dini özgürlüğe veya estetik uyuma, sırasıyla, daha çok veya daha az ciddi müdahalenin karşılaştırılmasıyla belirlenmektedir. Dini vecibe zorunlu olmadığı için din özgürlüğüne yapılan müdahale de, kısa süreli olduğu için binanın estetik uyumuna yapılan müdahale de hafif kabul edilmektedir. Yazara göre, bu soyut değerler -estetik ve din- aynı olsa bile, birine yapılan hafif bir müdahale, diğerine yapılan hafif müdahaleyle eşdeğer değildir. Ölçülülük ilkesinin, bazı değerleri maksimize etmeyi değil, daha çok yarışan ilkeleri optimize etmeye çalıştığını dikkate alırsak, hiçbir ortak ölçüt uygulanamayacaktır ve dolayısıyla bir ilkeye müdahalenin yoğunluğu ile diğerindeki ölçülemeyecektir³²⁴⁸.

Bizce Webber, burada farklı durumların olabileceğini göstererek aslında kendisi de dengeleme taraftarları gibi “eldeki verilerin değerlendirilmesi”ni yapmaktadır. Dengelemede hakimnin yaptığı şey de müdahalenin faydası ve hakka müdahale ile ortaya çıkacak maliyetin karşısında eldeki verileri kullanarak öncelikli tutulacak anayasal hakkı tespit etmektir³²⁴⁹. Biz “fayda ve maliyet” tartımı gibi, Aleinikoff’un deyimiyle anayasal sürecin anayasal olmayan süreç üzerine aritmetik bir kontrolünü kabul etmezsek³²⁵⁰ de önüne gelen somut olayı çözmesi gereken Mahkemenin, eldeki verileri dikkate almak zorunda olduğunu düşünüyoruz. Açıkça bir ölçeklendirme yapmasa da hakimnin zihninde bu süreç işleyecektir. Netice itibarıyla, yargının karmaşıklığı ve çok boyutlu karakteri üzerinde hem dengeleme savunucuları hem de karşıtları uzlaşmış durumdadırlar³²⁵¹.

³²⁴⁶ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 195.

³²⁴⁷ *Ibid.*, 195-196

³²⁴⁸ *Ibid.*, 196.

³²⁴⁹ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 2. Stone Sweet ve Mathews, “anayasal hakkın” değil de “anayasal değer”in tespitinden söz ederler. Ağır gelen anayasal değer hususunu kabul etmediğimizi belirtmiştik. Bize göre, somut olayda, uygulanacak hakkı bulmaktan bahsedilebilir. Üstelik “değer”in kabulüyle beraber karşımıza “maliyet”, “müdahalenin ağırlığı”, öncelenecek olan “anayasal değer” gibi aydınlatılması gereken terimler çıkar. *Ibid.*

³²⁵⁰ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 991. Hakimnin, “maliyet-fayda” hesaplamaları olmaksızın yaptığı seçimin, keyfi olduğu görüşünü kabul etmek zorunda değiliz. Ölçülemez iki seçenek durumunda alternatifler arasındaki seçim iyi nedenlerle desteklenebilir. Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 197.

³²⁵¹ Winslade, “Adjudication and the Balancing Metaphor”, 407.

Dengelemede de somut davanın özel koşulları dikkate alınarak hangi hakkın ne kadar geri çekileceğine karar verilir³²⁵². Tam bu noktada güzel bir örnek oluşturacağını düşündüğümüz, çatıya parabol anten takılması halinde mülkiyet hakkı ile haber alma özgürlüğünün çatıştığı durumu içeren Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına değinmek istiyoruz³²⁵³.

İlk davaya konu olay, kablolu yayın bağlantısına sahip kiracının çatıya uydu anten yerleştirmesidir. Anayasa Mahkemesine göre “bu da medeni hukukun yorumu ve uygulaması çerçevesinde yapılacak, kiracının haber alma çıkarı ile kiralayanın mülkiyet çıkarı arasında bir tartım gerektirir”³²⁵⁴. Tartım sonucunda ise Mahkeme, kablo bağlantısının da mevcudiyeti nedeniyle kiracının genel ulaşılabilir kaynaklardan haber alma hakkının önemli ölçüde etkilenmediği kanaatine varmıştır. Bu nedenle bu çatışmada geri çekilmesi gereken hak, haber alma hakkıdır³²⁵⁵.

Bir diğer karar ise beş Alman televizyon kanalını içeren antene sahip evdeki kiracı Türk bireyin, çatıya çanak anten yerleştirmesine dairdir ki bu durum yerel mahkeme tarafından kira sözleşmesine aykırı bulunmuştur. Ancak koşulları bu defa farklı değerlendiren, daha doğrusu farklı koşullarla karşılaşan Mahkeme şöyle bir yorum yapmıştır:

“Tipik ortalama olayla ilgili bir tartım Almanya’da uzun süredir yaşayan yabancıların haber almadaki özel çıkarlarını hesaba katmaz. Yabancıların ülkelerinde olanlarla ilgili bilgi alabilmeleri ve kültür ve dil bağlarını sürdürebilmeleri olanağı çoğunlukla sadece uydu anteni ile sağlanabilmektedir”³²⁵⁶.

Pratik uyuşuma başvuran Mahkeme, hem ilhal edildiği iddia edilen hakkı hem de somut olayın koşullarını dikkate alarak, çatışan çıkarlar arasında en mümkün denkleştirmeyi sağlamıştır³²⁵⁷. Görüleceği üzere hakların kapsamı değişmiş değildir. Koşulların dikkate alındığı iki hakkın çatışmasında farklı bir sonuç ortaya çıkmıştır. Nitekim Mahkeme 2013 yılındaki benzer olay içeren bir kararda, kendi geleneklerine ve

³²⁵² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 208.

³²⁵³ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 99.

³²⁵⁴ NJW 1993, s. 1252’den aktaran Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 97.

³²⁵⁵ *Ibid.*

³²⁵⁶ BVerfGE 90, 27 (36)’dan (*Parabolantenne I*) aktaran Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 97-98.

³²⁵⁷ *Ibid.*, 98.

Türkmen diline bağlı kalmış ve Türkiye’de yaşayan bir Türkmen azınlığa ait hisseden başvurucunun, bilgi edinme özgürlüğünün (GG 5/1) ihlal edildiğine somut olayda menfaat tartımı yaparak karar vermiştir. Yerel Mahkemelerin anteni kaldırmak isteyen ev sahibini haklı bulduğu olay Federal Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde, Mahkeme başvurucunun başvurusunu kabul etmiştir³²⁵⁸.

3. Sübjektiflik ve Hukuki Belirsizlik Eleştirisi ile Anayasa Yargısının Meşruluğu

Ölçülemezlik eleştirisi kabul edildiğinde, zorunlu olarak sübjektiflik ve hukuki belirsizlik eleştirisi ile de karşılaşılır. Aşağıda bunları değerlendireceğiz. Sonrasında da bununla bağlantılı olan anayasa yargısının meşruluğuna dair açıklamalarda bulunacağız.

a. Sübjektiflik ve Hukuki Belirsizlik

Ölçülemezliğin bir sonucu olarak da görülebilecek şekilde dengelemede hakimnin sübjektifliğine ve dengelemenin belirsizliğine dikkat çekilir. Bu noktada dengelemede “ağır olan”ın seçilmesi hususuna bakalım. Tsakyrakis ağırlığın belli koşullara göre değişmesinin bir anayasal sonuçsuzluk anlamına gelip gelmeyeceğini sorar. Yazara göre, anayasal hakların, örneğin hükümetin menfaatlerinin, farklı koşullara bağlı olarak dengeleme sonucunun çıktısına bağlı olması anayasayı anlamsız ve sonuçsuz bırakacaktır. Anayasal koruma sabit ve istikrarlı olamayan bir korumaya dönecektir³²⁵⁹. Bu noktada ölçülülük analizi maddi çıktılar üretmeyen, hukuki problemlere doğru cevaplar dayatmayan, ancak belli uyuşmazlıkları çözmede yardımcı olan analitik bir prosedür olarak değerlendirilir³²⁶⁰.

³²⁵⁸ BVerfG, 31.03.2013- 1 BvR 1314/11 -, Rn. 1-26,

http://www.bverfg.de/e/rk20130331_1bvr131411.html (erişim tarihi: 03.02.2022).

³²⁵⁹ Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 470. Ayrıca Schlink “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?”, 299. Özel hukuk etkisinde sıkça değindiğimiz üzere, Mahkeme, bilgi edinme özgürlüğünün sınırlarını Medeni Kanunun kiracılık ve mülkiyet hukukuna ilişkin genel hükümlerinde bulunduğunu belirtir. Ancak Anayasa yorumlanırken ilgili temel hakların dikkate alınması gerekir. Mahkemeler her iki tarafın menfaatini alarak karar vermek zorundadırlar. Anayasa Mahkemesine göre, alt mahkemelerin şikayetçinin özel ilgisinin önemini dikkate almaları gerekirdi.

³²⁶⁰ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 3. Ayrıca Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 95.

Bunun dışında da bireysel tartımın hakimın önanlayışına³²⁶¹ veya sezgisine bağlı olacak şekilde bir sübjektiflikten kaçamayacak olmasına dair görüşler ileri sürülür³²⁶². Dengelemenin kriterlerinin büyük ölçüde “yargısal kararcılığın unsurlarına” dayandığı iddia edilir³²⁶³. İşin içinde FAYM çözüm teorisini de ele alırken rastladığımız, Anayasa Mahkemesi (nin rolü ve yargısal değerlendirmenin doğası) ile yasama organı arasındaki ilişki girmektedir³²⁶⁴. Burada Mahkemenin dengeleme ile kendi değerlendirmelerini yasamanın değerlendirmelerinin yerine koyması, dengelemeye başvuran hakimın yasal yükümlülükleri zayıflatması ve devlet işlerinin yapısında bir güç değişikliğine yol açacak sorunlar yaratması riskine dikkat çekilir³²⁶⁵. Bununla bağlantılı olarak hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik konusunda da eleştiriler dile getirilir³²⁶⁶. Hatta kimine göre yargıcın dengelemeyi nasıl yürüteceği ve nasıl karar vereceği öngörülemediğinde dengeleme “yargılamaların ruleti”³²⁶⁷ haline gelir³²⁶⁸. Bu eleştirileri, aşağıda Mahkemenin rolünü biraz daha açarak ele alacağız.

b. Anayasa Yargısının Meşruluğu

Sübjektiflik ve belirsizlik ile ilgili eleştiriler yargısal dengelemenin meşruluğu ile de doğrudan bağlantılıdır. Bu noktada hakimın, yasa koyucunun dengelemesini kopyalayacağı mı yoksa denetleyeceği mi sorusu ortaya çıkar³²⁶⁹. Daha doğru ifadeyle

³²⁶¹ Burada, Mithat Sancar’ın, Müller’in teorisini değerlendirirken ön anlayışa dair yaptığı açıklamaların, ön anlayış ile sübjektiflik arasındaki ilişkiyi anlamamızı sağlayacaktır: “Önanlayış, anlama eyleminin öznesinin, anlaşılacak şey ile olan yaşam ilişkisi olarak ortaya çıkar. Bu ilişki, genel olarak anlama eyleminin imkanlılığını temellendirir. Dilsel ve maddi önanlayışlar, yaratıcı işlevleri içinde, genel olarak anlamının, özel olarak somutlaştırmanın önşartları olarak görülmek zorundadırlar. Ancak önanlayışın hukuktaki rolü, bu olumlu-yaratıcı etkisi ile sınırlı değildir; önanlayış; aynı zamanda sübjektif keyfîlik ile irrasyonelliğin potansiyel kaynağı durumdadır.” Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 133.

³²⁶² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 93; De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 17; Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 107; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 218.

³²⁶³ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 93-94. Aynı yönde De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 17.

³²⁶⁴ Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 578.

³²⁶⁵ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 94. Ayrıca Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 578-580.

³²⁶⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 107, 116-17; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 249; Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 90; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 95; Pulido, “The Rationality of Balancing”, 197.

³²⁶⁷ Walter Leisner, “‘Abwägung überall’ –Gefahr für den Rechtsstaat”, *NJW* (1997), S. 638’den aktaran Martin, *Grundrechtskollisionen*, 219.

³²⁶⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 219.

³²⁶⁹ Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 472; Aleinikoff, “Age of Balancing”, 984. Anayasa yargısının meşruluğuna dair bkz. Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 578.

temel sorun, hakkı koruma noktasında bir düzenlemenin etkili olduğuna dair yasal öngörünün ne ölçüde yargısal bir öngörüyle değiştirilebileceğine dairdir³²⁷⁰.

Anayasa yargısının meşruluğu hak çatışmasında dengeleme yöntemine başvurulmasına özgü bir sorun değildir. Bu konu zaten literatürde önemli bir yer işgal eder. Yargının denetim yoluyla yeni bir dengeleme yapmasının rasyonelliği ve demokratik meşruiyeti sorgulanır³²⁷¹. Esas sorumlunun yasama mı yoksa yargı mı olduğu sorusunda, yasama denetlemesinin yargıya tabi olamayacağı şeklindeki görüş ile nihai sözün yargıda olduğunu savunan görüş ve bu iki uç görüş arasında farklı görüşler ortaya konur³²⁷².

Biz anayasa yargısının demokratik meşruiyete sahip olduğunu kabul ediyoruz³²⁷³. FAYM'nin çatışma modelini ele alırken bu konudaki genel hattı çizdik. Her ne kadar öncelik yasamada olsa da yargının da dengeleme yapmasının meşru olarak kabul edileceği durumlar vardır. Netice itibarıyla yargısal denetim, anayasa normlarına uygun olarak gerçekleştirilecektir ve eğer bir şüphe varsa bu konuda yargısal dengeleme sınırlanacaktır³²⁷⁴. Bu hususu aşağıda biraz daha ayrıntılandıralım.

FAYM'nin çatışma çözüm teorisini ele alırken de ortaya koyduğumuz üzere, çatışan anayasal hakların dengelenmesinde birincil sorumluluğun yasama organında olduğu kuralına uyulmalıdır³²⁷⁵. Anayasal hak çatışmalarının çözümünde yasamanın takdir etme (*Einschätzung*), değer verme (*Wertung*) ve tasarım (*Gestaltung*) konusunda önemli bir takdir yetkisi vardır³²⁷⁶. Birçok toplumsal, sosyal ve ekonomik gelişmeyi takip ederek düzenlemeleri gerçekleştirecek olan yasama organının dengelemesi, yargısal dengelemeden çok daha karışıktır³²⁷⁷. Çünkü korumayı sağlamanın birçok aracı ve yolu

³²⁷⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 141.

³²⁷¹ Sieckmann, "Rational Lawmaking", 368; Stone Sweet ve Mathews, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", 14.

³²⁷² Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 135-136.

³²⁷³ Bu yönde *Ibid.*, 151. Webber, yargının dengeleme gibi yöntemlerle yasamayı denetlemesine karşı çıkmış, demokratik meşruiyete sahip yasamanın hakların kapsam ve içeriğini belirlemesini savunmuştur. Webber, *The Negotiable Constitution*, 181-213. Dikkat çeken Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 346.

³²⁷⁴ Sieckmann, "Rational Lawmaking", 369. Dengeleme çerçevesinde, yasama ve yargının rollerinin değerlendirilmesindeki sorunu çok genel, ama önemli bir şekilde ortaya koyan bir çalışma için bkz. Winslade, "Adjudication and the Balancing Metaphor".

³²⁷⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 180.

³²⁷⁶ *Ibid.*, 113.

³²⁷⁷ Sieckmann, "Rational Lawmaking", 369.

vardır. Koruyucu tedbirleri uygun ve gerekli şekilde değerlendirecek olan yasama organıdır. Bu anlamda yasamanın takdir yetkisi çeşitli faktörlere, ilgili alanın doğasına, yeterince güvenilir bir yargı oluşturma olanaklarına ve ilgili menfaatlerin önemine bağlıdır³²⁷⁸. Örneğin *Uçak Gürültüsü* kararında Federal Alman Anayasa Mahkemesi yasamanın yeterli tedbirleri alıp almadığını incelerken ihtiyatlı davranmıştır. Uçak gürültüsünün etkileri ve makul gürültüye maruz kalma sınırları konusunda ortada güvenilir bilimsel bilgi de yoktur. Üstelik hava trafiğinin uluslararası karşılıklı bağımlılık getirmesi, durumu daha da karıştırır. Bu nedenlerle Mahkeme yasamaya deneyim ve uyum için makul bir alan tanımıştır³²⁷⁹.

Mahkeme, yasamanın, menfaatleri dengelerken sahip olduğu demokratik ve sosyal sürecin yerini alamaz³²⁸⁰. Kural olarak yalnızca anayasanın sınırlarını gözden geçiren yani yasamanın işlemlerinin anayasallığını değerlendiren yargının, yeni bir dengeleme yapma yetkisinden söz edilemez. Bu anlamda yargısal yetki yasama dengelemesinin negatif kontrolünü teşkil eder³²⁸¹. Yargının, yasamanın risk durumlarını değerlendirirken sahip olduğu öngörüsüne saygı duyması gerekir³²⁸².

Yargısal dengelemenin, önüne gelen davayı kabul etme veya reddetme gibi sınırlı seçeneği vardır. Diyelim ki Mahkeme, bir fotoğrafın izinsiz basılmasının basın özgürlüğü altında korunup korunmayacağını değerlendirecektir³²⁸³. Mahkeme söz konusu başvuruya sınırlı olarak karar verecektir. Sieckmann'ın belirttiği gibi (bir kilitlenme veya açmaz durum hariç), bunun dengelemeden bağımsız olduğu ve nesnel bir özneliğe sahip olduğu varsayılmaz³²⁸⁴. Hakkın korunmasına dair yasamanın serbestliği büyük ölçüde davanın koşullarına da bağlıdır. Hâkim bilgi ve öngörüye dair sorunlarla

³²⁷⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 113. Yasamanın birçok seçeneği olduğunu belirten Sieckmann, buna yasamanın uyuşturucuyla mücadele etmek için cezai tedbirler öngörmekten, uyuşturucu satıcılığının vergiye bağlanmasına kadarki geniş yelpazeyi örnek verir. Sieckmann, "Rational Lawmaking", 370.

³²⁷⁹ BVerfGE 56, 54 (82). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 142.

³²⁸⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 172.

³²⁸¹ Sieckmann, "Rational Lawmaking", 368. Ayrıca Martin, *Grundrechtskollisionen*, 113.

³²⁸² Martin, *Grundrechtskollisionen*, 141.

³²⁸³ Sieckmann, "Rational Lawmaking", 369. Winslade'in hakimlerin parça parça, yasa koyucuların ise büyük ölçekli toplum mühendisliğiyle uğraştığı ifadesi bu açıklamalarla örtüşmektedir. Winslade, "Adjudication and the Balancing Metaphor", 406.

³²⁸⁴ Sieckmann, "Rational Lawmaking", 369-370.

karşılaşacaktır³²⁸⁵. Bu kadar karmaşık konularda ise Mahkeme anayasal hak çatışmalarına özel çözüm konusunda kendi başına karar veremeyecektir³²⁸⁶.

Uçak Gürültüsü kararı böyle bir değerlendirmeyi -hava yolları ve nakliye şirketleri gibi üçüncü şahısların çıkarlarının, kararı alırken bahsettiğimiz unsurların ve hatta ülke ekonomisinin dahi dikkate alındığı- içerir. Bu tarz karmaşık yapılarda Anayasa Mahkemesinin yetkisi, yalnızca mevcut yasal tedbirlerin yeterli düzeyde koruma sağlayıp sağlayamadığı ve çatışan anayasal haklar arasında orantılı bir dengenin kurulup kurulmadığının incelenmesini içerir³²⁸⁷. Yine nükleer enerji santrallerinin³²⁸⁸ veya diğer tehlikeli tesislere dair yaşamı ve fiziksel bütünlüğü korumak adına tedbirlerin oluşturulması yasamanın görevidir³²⁸⁹.

Bu noktada çok güncel iki Federal Anayasa Mahkemesi kararından bahsetmek istiyoruz. Anayasa Mahkemesi 2021 yılında Covid-19 salgınına yönelik olarak yasama organının ihdas ettiği, gece sokağa çıkma yasağı, yüz yüze okulların kapatılması, özellikle özel toplantılara yönelik kısıtlamaları ve yerel enfeksiyon sayılarına bağlı olarak uygulanan tedbirlerin dayanağı olan “Federal Acil Durum Freni” yasasını anayasaya uygun bulmuştur³²⁹⁰. Bu konudaki başvuruları, Birinci Senato 19 Kasım 2021 tarihinde, buluşmalara ve gece sokağa çıkma yasaklarına ilişkin kısıtlamalara dair iddiaları (“Federal Acil Durum Freni I) (*Bundesnotbremse I*)³²⁹¹ ve okulların kapatılmasına dair iddiaları (“Federal Acil Durum Freni-II) (*Bundesnotbremse II*)³²⁹² ayrı ayrı ele alarak iki farklı karar vermiştir.

Bundesnotbremse I kararında, Anayasa Mahkemesi sokağa çıkma yasaklarının salgına karşı etkili bir tedbir olup olmadığı değerlendirmesinde, yasama organını takip

³²⁸⁵ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 169-170.

³²⁸⁶ *Ibid.*, 170.

³²⁸⁷ *Ibid.*; Sieckmann, “Rational Lawmaking”, 368.

³²⁸⁸ BVerfGE 49, 89 (127); BVerfGE 53, 30.

³²⁸⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 181.

³²⁹⁰ Mahkemenin değerlendirdiği yasa, 2021 yılının sonunda sonunda otomatik olarak yürürlükten kalkmıştır. Roman Hensel, “Covid-19 The Federal Constitutional Court’s Final Decisions on the ‘Federal Emergency Brake’”, <https://lexatlas-c19.org/final-decisions-on-the-federal-emergency-brake/> (erişim tarihi: 25.04.2022).

³²⁹¹ BVerfG, 19.11.2021- 1 BvR 781/21 -, Rn. 1-306, http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr078121.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

³²⁹² BVerfG, 19. 11.2021- 1 BvR 971/21 -, Rn. 1-222, http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr097121.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

etmiş ve yasamanın uygun gördüğü dengelemeyi Anayasaya aykırı görmemiştir.³²⁹³ Mahkeme, kapsamlı sokağa çıkma yasaklarının ise yalnızca çok tehlikeli durumlarda kabul edilebileceğini belirtmiştir³²⁹⁴.

Bundesnotbremse I kararında Mahkeme, açıkça olguların değerlendirmesindeki belirsizliklerin ilke olarak temel hak ve hürriyetler zararına olmaması gerektiğini belirtmiştir. Ancak acil koruma ihtiyacıyla bağlantılı olarak devletin koruma ihtiyacı hasıl olmuşsa ve yasamanın bilimsel öngörülemezlik nedeniyle genel bir tablo elde etmesi olanaklı değilse, kendisine sunulan olasılıkların uygun ve haklı bir değerlendirmesine yönelmesi yeterlidir³²⁹⁵. Bu geniş takdir yetkisi demokratik meşruiyete sahip yasama organının belirsiz durumlarda dahi yüksek ve daha yüksek menfaatler arasındaki çatışmaları karara bağlama sorumluluğundan kaynaklanır³²⁹⁶.

Bundesnotbremse II kararında, yüksek kaliteli uzaktan eğitimi göz önünde tutan Federal Anayasa Mahkemesi, yüz yüze eğitim yasağının haklara getirdiği müdahale yoğunluğunun mümkün olduğunca düşük kaldığına dikkat çekmektedir. Neticede yasama organı, halkın yaşam ve vücut bütünlüklerini korumak ve sağlık sistemine aşırı yüklenilmesini engellemek zorundadır. Dolayısıyla Mahkeme tedbiri orantılı bulmaktadır.³²⁹⁷ Mahkeme bu kararda da yasamanın Anayasanın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinden kaynaklanan koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereği okullardaki eğitimi yasakladığına, yani bu yasağın meşru amaçla getirildiğine dikkat çeker³²⁹⁸. Dolayısıyla Mahkeme her iki kararında da yasama organının mevcut bilgilerin makul ve inandırıcı bir değerlendirmesi konusunda anayasal gereklilikleri karşıladığını belirtmiştir³²⁹⁹.

Bundesnotbremse II kararında Federal Anayasa Mahkemesi kişiliği serbestçe geliştirme hakkı (madde 2/1) ile devletin okul sistemi üzerindeki denetim (madde 7) maddelerini birlikte ele alarak okul eğitiminin sağlanması ve desteklenmesi şeklinde bir

³²⁹³ Hensel, "Covid-19 The Federal Constitutional Court's Final Decisions".

³²⁹⁴ *Ibid.*

³²⁹⁵ BVerfG, 19.11.2021- 1 BvR 781/21 -, para. 171.

³²⁹⁶ *Ibid.*

³²⁹⁷ BVerfG, 19. 11.2021- 1 BvR 971/21 -, para. 21.

³²⁹⁸ *Ibid.*, para. 110. Bu noktada Mahkeme GG madde 6/1 gereği Devletin, ailenin korunmasına yönelik pozitif yükümlülüğünü de göz ardı etmemiştir. Ancak yine de aile hakkının korunmasına yönelik bir ihlalin söz konusu olmadığına hükmetmiştir. *Ibid.*, 206.

³²⁹⁹ Hensel, "Covid-19 The Federal Constitutional Court's Final Decisions".

anayasal hakkı kabul etmiştir. Dolayısıyla okulların kapatılması bu hakka müdahale oluşturmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi tedbirlerin ölçülülük ilkesine uyup uymadığını değerlendirmiş ve bu aşamada meşru bir amacın izlenip izlenmediğini öncelikle değerlendirmiştir. Meşru amacın varlığının sorgulanmasının yanı sıra orantılılığın üç alt ilkesine uyulup uyulmadığının denetimi yapılmıştır³³⁰⁰.

Meşru amaç, çatışan haklar veya anayasal statüdeki değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar hayatın kurtarılması, sağlığın korunması ile sağlık sisteminin işleyişinin sağlanmasıdır. Dar anlamda ölçülülük ilkesi kapsamında Mahkeme karşı karşıya kalan bireysel hak ile toplumsal çıkardan hangisinin üstün geleceğine karar vermek zorunda kalmıştır. Senato iki kararında da çatışmaya dair açıklamalarından sonra tedbirlerin hukuka uygunluğuna karar vermiştir³³⁰¹.

Elbette yargının denetimi ve yasamanın takdir yetkisi somut şartlarla doğrudan bağlantılıdır. Örneğin pandeminin ilk zamanlarında yargı merciileri toplantı ve gösteri yürüyüşlerine karşı kısıtlayıcı bir tutum sergilemişlerdir³³⁰². Federal Anayasa Mahkemesi pandeminin başında karşıt gösteri ve bunun enfeksiyon tehlikesini artırma ihtimalini, henüz virüse karşı etkili olabilecek bir aşının bulunmayışını da dikkate alarak bu tedbirlere karşı başvuruları reddetmiştir³³⁰³. Ancak süreç içinde yargı mercileri, salgını ilgilendiren maske zorunluluğunu, mekan ve katılımcı sayısını göz önünde tutarak bireysel ve somut değerlendirmelerin yapılıp yapılmadığını dikkate almışlar ve temel hak ve özgürlüklerin lehine bir tutum sergilemişlerdir³³⁰⁴.

15 Nisan 2020 tarihindeki geçici tedbir kararında Federal Anayasa Mahkemesi aynı haneden olmayan ikiden fazla kişinin sokakta toplanmasını yasaklayan Giessen Şehir Yönetimi'nin toplanma özgürlüğünü genel olarak yasakladığını ve bu özgürlüğü ihlal ettiğine hükmetmiştir³³⁰⁵. Ancak Mahkeme bu kararda bir çatışma durumundan veya

³³⁰⁰ *Ibid.*

³³⁰¹ *Ibid.*

³³⁰² Rike Sinder, "Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen-Zeit, Zahl und Zurechnung als Schlüsselkategorien praktischer Konkordanz", *NVwZ* (2021): 103, <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NVWZ-B-2021-S-103-N-1>; Ahmet Mert Duygun, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 552.

³³⁰³ Bkz. BVerfG, 10.04.2020- 1 BvQ 28/20 -, Rn. 1-16, http://www.bverfg.de/e/gk20200410_1bvq002820.html (erişim tarihi: 03.02.2022).

³³⁰⁴ Duygun, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", 1552-1553.

³³⁰⁵ BVerfG, 15. 04.2020- 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19, http://www.bverfg.de/e/rk20200415_1bvr082820.html (erişim tarihi: 03.03.2022).

dengelemeden söz etmemiştir. 29 Nisan 2020 tarihli kararda ise Aşağı Saksonya Eyaletindeki tüm kilise, sinagog ve camilere uygulanacak olan toplu şekilde ibadet etme yasağını, bu yasak istisna içermeden düzenlendiği için inanç ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulmuştur³³⁰⁶. Mahkeme bu kararda örneğin Ramazan ayındaki Cuma namazları açısından inanç özgürlüğüne yapılan müdahalenin ağırlığını da dikkate alarak yerel koşulların yanı sıra, caminin topluluğun yapısı ve büyüklüğü, sosyal temastan doğacak muhtemel yaşam ve uzuvlara yönelik tehlikelerin mevcut değerlendirmesini göz önünde tutmak gerektiğini belirtmiştir. Keza kiliseye yönelik tedbirlerin uygun koşullar ve kısıtlamalarla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği istisnai olarak vakıa bazında değerlendirilmelidir. Gördüğümüz kadarıyla bu kararda da Mahkeme çatışma kavramından söz etmese de bir tarafta inanç özgürlüğünün, diğer tarafta ise yaşama ve vücut bütünlüğü ile sağlık hakkının bulunduğu bir çatışmada pratik uyum aramıştır.

Yasa koyucu, anayasal hak çatışmalarını tamamen önceden kararlaştırarak bireysel durumlara özgü tartımı gereksiz kılacak veya bunun yalnızca nüanslarla yapılmasını sağlayacak şekilde düzenlemeler yapabilir. Bu noktada yasa koyucunun genel-soyut çıkarlar dengelemesi ve tipolojik karar verme şablonları oluşturması, irrasyonelliği önleyebilir³³⁰⁷. Bu durumlarda yasa koyucu bireysel koşulların dikkate alınmasını hesaba katmaksızın bir dengelemede bulunur. Bunun bir örneği bir önceki bölümde değindiğimiz Mahkeme salonundaki *TV Kayıtları II* kararıdır³³⁰⁸. Federal Anayasa Mahkemesi'nin duruşmalar sırasında ses ve video kayıtlarının mutlak olarak yasaklanmasını anayasaya uygun bulduğu bu kararda, yasamanın istisna tanımına gerek kalmamıştır. Anayasa Mahkemesinin tekil durumda tartıma izin vermesi, yargılama üzerinde büyük bir yük anlamına gelecekti. Bu nedenle yasamanın böyle bir yasağı öngördüğü söylenebilir³³⁰⁹.

Yasa koyucu çatışmanın çözümü için bir çerçeve sağlayarak somut değerlendirme için yönlendirmede bulunacaktır. Bunun için de maddi ve usule ilişkin yasal çerçeveyi çizip, yasal kesinlik ve öngörülebilirliği sağlayacak önceden programlama ve

³³⁰⁶ BVerfG, 29.04.2020- 1 BvQ 44/20 -, Rn. 1-19, http://www.bverfg.de/e/gk20200429_1bvq004420.html (erişim tarihi: 03.04.2022). Dikkat çeken Duygun, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", 1552-1553.

³³⁰⁷ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 323; Martin, *Grundrechtskollisionen*, s. 220.

³³⁰⁸ BVerfGE 103, 44.

³³⁰⁹ BVerfGE 103, 44 (70-71). Martin, *Grundrechtskollisionen*, 213.

koşullandırma oluşturmalıdır. Yasamanın çatışma çözümü için ana hatları düzenleme görevi, özellikle “çözümü akışkan (*fliessend*) ve tespit edilmesi zor olan³³¹⁰, çok farklı sayıda olası çözüm bulunan bir anayasal hak çatışması ortaya çıktığında” söz konusudur³³¹¹. Ancak bu noktada yasayı uygulayan yetkililerin, belirli bireysel davanın tüm koşullarını bilip çıkarları daha açık standartlarla dengeleme avantajına sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır³³¹². Zira çalışmamızda daha önce de belirttiğimiz gibi soyut-genel tartım, çatışmanın çözümü için yeterli kesinlikte olamayacağı için tek başına yeterli değildir. Bu nedenle çatışma çözümü somut vaka bazında bir kararla anlam bulur. Çatışma çözümü için davadan davaya değişen koşullara göre, somut duruma özgü bir tartım gerekir³³¹³.

Yasamanın takdir yetkisinin sınırsız olmadığı durumlar vardır. Bu konu maalesef çalışmamızın kapsamını aşmaktadır³³¹⁴. Şunu söyleyebiliriz ki Mahkemenin, çatışan anayasal haklar karşısında koruma yükümlülüğü olan devletin bağlayıcı bir koruma görevinin *olup olmadığını* belirleme yetkisinin olduğu durumlar vardır. Bu noktada başkasının hakkının zarar görüp görmediği önemlidir. Zarar gören, bir diğer tabirle korumaya ihtiyaç duyan taraf bakımından, Mahkeme sübjektif bir hakkın varlığını tespit edebilir³³¹⁵.

Anayasal hakların çatışması davalarında hakkın yasal olarak uygulanmasının veya uyuşmazlığı çözenin önünde eksik ya da yetersiz düzenleme varsa ortaya sorunlar çıkacaktır³³¹⁶. Yeterli koruyucu önlemin alınmaması koruma görevinin ve ilgili anayasal hakkın ihlali demektir³³¹⁷. Bu noktada korumanın içeriği ve şekli yasa koyucunun takdirine bağlıdır. Bir başka ifadeyle, korumanın “nasıl”ına karar verecek olan yasama organıdır.³³¹⁸ Bununla birlikte, anayasal hak gereği koruma yükümlülüğünün “olup

³³¹⁰ BVerfGE 83, 130 (142).

³³¹¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 172.

³³¹² *Ibid.*, 209.

³³¹³ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 29; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 210.

³³¹⁴ Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu konuda çok faydalı bir çalışma olduğunu düşündüğümüz bir çalışma olarak bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 116 vd. Martin, çalışmasının devamında, bilhassa “yasama organının kusuru” (*Schlechterfüllung des Gesetzgebers*) başlığı altında bu konuyu daha ayrıntılı olarak ele alıyor. *Ibid.*, 133 vd.

³³¹⁵ *Ibid.*, 170.

³³¹⁶ *Ibid.*, 116-117, 132, 142-143.

³³¹⁷ *Ibid.*, 117.

³³¹⁸ *Ibid.*, 171.

olmadığı” ve dolayısıyla hak sahibinin korunma hakkının (olup) olmadığını Anayasa Mahkemesi, anayasal hak normuna göre ortaya koyabilir³³¹⁹. Burada kriter, belirttiğimiz gibi koruma tedbirinin hiç alınmamış, uygunsuz ya da erişilemez olmasıdır³³²⁰.

Anayasadan ve yasal düzenlemelerden çıkarılabilecek öncelikli bir kararın olmaması durumunda Anayasayı dikkate alan hakim çatışmayı çözecektir³³²¹. Yasa koyucunun yeterli koruyucu tedbirleri almadığı yerde, Anayasa Mahkemesi koruma yükümlülüğünü yerine getirmenin mahkemelere düştüğünü ifade etmiştir³³²². Örneğin Babalık Bilgisi (*Vaterschaftsankunft*) davasında konu, o dönemde Alman hukuk sisteminde düzenlenmemiş olan bir çocuğun biyolojik babasının kişisel bilgilerini annesinden talep edip edemeyeceği hususuydu. Yalnızca ebeveynler ile çocuklar arasında karşılıklı yardımlaşma ve gözetme görevine ilişkin genel bir hüküm olduğu için anne ve çocuğun kişilik hakları arasındaki anayasal hak çatışma çözümü için tüm menfaatlerin dikkatli bir şekilde tartılması gerekmiştir. Alman Anayasa Mahkemesine göre eğer (alt) mahkeme annenin kişilik haklarını gözetmeden çocuğun çıkarlarını ön planda tutarak mevzuattaki bu boşluğu doldurmazsa Devletin anneyi koruma yükümlülüğü yerine getirilmemiş olur³³²³.

Bir başka örnek daha verelim. Bir mağaza çalışanın iş yerinde başörtüsü taktığı için işten çıkarılması halinde, bu çalışanın din özgürlüğü ile mağazanın ticari özgürlüğü gözetilmek zorundadır. Bu da somut durumdaki menfaatlerin tartımına göre kararlaştırılacaktır. Alman Anayasa Mahkemesi çalışma işleyişinde bir aksaklık veya ekonomik dezavantajın makul bir şekilde gösterilmediği ve çalışanın da başka

³³¹⁹ *Ibid.*, 117.

³³²⁰ *Ibid.*, 143. Koruma yükümlülüğü teorisini ele alırken birçok örnek verdik. Burada, doğrudan bizim ele aldığımız hakların çatışması kapsamında değil de, geniş çatışma kapsamında değerlendirilebilecek bir örnek verelim. 1988 yılındaki Caddelerdeki Trafik Gürültüsü (*Straßenverkehrslärm*) kararı, yapılacak dört şeritli yolun yakınlardaki mülk sahibinin planlanan yasal koruma önlemlerinin gürültüden korunmak adına yetersiz olduğuna dair şikayetine dayanır. Mahkemeye göre, sınırlı delil kontrolü açısından bu tedbirler yeterlidir. Pasif gürültü koruma önlemleri ile gürültü kirliliğinin vatandaşlar için makul bir seviyeye getirildiği dikkate alınmalıdır. BVerfGE 79, 174 (201-202).

³³²¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 220. Örneğin İsviçre Anayasa Mahkemesinin, çatışmaları çözerken takip ettiği yönergeleri gösterecek bir kararındaki ifadesi: “Bu tartımın nasıl yapıldığı, yani böyle bir rekabet durumunda hangi temel hak pozisyonuna öncelik verileceği anayasada veya bunu belirleyen kanunlarda düzenlenebilir. Anayasa ve yasadaki bir sıralama elde edilemiyorsa, ölçüt, bir bütün olarak temel anayasal değerlerden ve güvencelerden kaynaklanmaktadır.” *Ibid.*

³³²² BVerfGE 96, 56 (64-65).

³³²³ BVerfGE 96, 56 (64-65). Bkz. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 210

departmanlarda olabileceğini dikkate alarak mağazanın feshini anayasaya aykırı bulmuştur³³²⁴.

Yukarıdaki örneklerdeki gibi yargı kararının, yasama kararının yerini aldığı noktada Mahkeme, yasamanın ağırlık vermediği hakka ağırlık vererek dengeleme işlemini gerçekleştirdiği için bu dengeleme savunulmaya muhtaçtır³³²⁵. Burada artık hukuk yapımı ile kopmaz bir bağlantı vardır³³²⁶. Mahkeme gerçekleştirdiği dengeleme için prosedürel ve maddi haklılaştırmanın sağlandığı iddiasında bulunsa da yargının yasamanın ödevini icra etmesi haklılaştırılmaz³³²⁷. Buradaki esas sorun, yasamanın veya idarenin politikasını değerlendiren konuma gelen Mahkemenin buna bir önem atfederken nasıl karar alacağı, bunu nasıl temellendireceğidir³³²⁸.

F. DENGELMENİN GEREKLİLİĞİ?

Haklara yönelik mutlakçı görüşlerin reddedildiği noktada hak teorisyenleri ve uygulayıcıları, insan haklarını bir arada bağdaştırmanın ortaya çıkardığı zorluklar için çözüm yolları aramışlar ve bu çözüme tek aday olarak çatışan iddiaları dengelemeyi önermişlerdir³³²⁹. Geniş kapsam teorisyenleri, dengelemenin alternatifsiz veya çatışma çözümü için “şu anda mevcut en rasyonel yöntem” olduğunu savunmuşlardır³³³⁰. Biz anayasal hakların nisbî haklar olduklarını, ancak istisnai olarak mutlak şekilde korunan anayasal hakların da olduğunu ortaya koymuştuk. Bize göre mutlak haklar, kendi aralarındaki çatışmalarında dahi dengelenemezler³³³¹. Aksi durum hakkın mutlaklığına aykırı olacaktır. Nisbî her hakkın dengelemeyi gerektirip gerektirmediği ise ayrı bir soru olarak karşımızda durmaktadır³³³². Bu sorunun içinde her şeyden önce insan hakkının sınırlandırılmasına yol açmak gibi çelişkili bir durum yatar.

³³²⁴ BVerfG, 30.07.2003 - 1 BvR 792/03 -, Rn. 1-27, http://www.bverfg.de/e/rk20030730_1bvr079203.html (erişim tarihi: 04.04.2022), para. 24. Dikkat çeken Martin, *Grundrechtskollisionen*, 211.

³³²⁵ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 984.

³³²⁶ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 11.

³³²⁷ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 985.

³³²⁸ *Ibid.*, 986.

³³²⁹ Çalı, “Balancing Human Rights?”, 256.

³³³⁰ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96. Aynı yönde ve Alexy’nin tartım formülüne pratik uyuşumu sağlamak için başvurulması gerektiğini düşünen Schladebach, “Praktische Konkordanz”, 281.

³³³¹ İstisnai olarak karşı görüş için bkz. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 335, ayrıca 199-200.

³³³² Çalı, “Balancing Human Rights?”, 259.

“Dengeleme eylemleri, çıkarların belirlenmesini, bunlara değer verilmesini ve nihayetinde hangi çıkarın net fayda sağlayacağına karar vermeyi gerektirir. Bu, kısıtlamanın kendisini (insan hakları korumalarını) bir sonuççuluk testine tabi tutmak gibi çelişkili bir konuma yol açar”³³³³.

Nisbî insan hakları, doğası gereği başka haklar ve toplumsal çıkarlarla bir çelişki içinde olup bu bağlama duyarlıdır ve bu da faydacı hesaplamalara tabidir³³³⁴. Olgusal ve ampirik koşulların hakkın işleyişine, hakkın koruma alanının yorumlanmasına, tanımlanmasına ve uygulanmasına önemli etki etmesi bu hakların temel özelliğidir³³³⁵. Olgusal ihtimallerin önemli olması meselesi, bizim sınırsız hak düşüncesinin reddi için ileri sürdüğümüz gerekçelere karşılık gelir. Örneğin ifade özgürlüğünün, mahremiyet hakkının, toplanma veya örgütlenme özgürlüğü ya da mülkiyet hakkından barışçıl bir şekilde yararlanma hakkının vs., diğer hakları asla etkilemeyecek veya diğer haklardan asla etkilenemeyecek şekilde mutlak olarak korunacakları iddia edilemez³³³⁶. Bununla beraber nisbî hakların mutlak olarak korunamayacak olmaları onlar için zorunlu olarak bir dengelemeyi gerektirmez³³³⁷.

Dengelemeye başvurmadan önce hakka içkin bir sınırın olup olmadığı araştırılmalıdır. Koruma alanına içkin olan bir sınırın varlığı durumunda, doğrudan hakkın koruma alanından dışlama gerekir³³³⁸. Bu noktada öncelikle hakkın kapsamını geniş tutup bir dengelemeye girişmenin gerekmediğini ayrıntılarıyla açıkladık. Dengelemenin gerektiği durumlarda ise amaç şu olmalıdır: “*Kesinlikle gerekenden daha fazla tartım yok*”³³³⁹.

Hakim “dengeleme”nin ve “tartım”ın adını anmasa veya bir tarafın uğradığı zarar ile diğerinin bundaki faydasını bir şekilde karşılaştırdığı anlamına gelecek ifadelerde bulunmasa dahi Alexy’nin tabiriyle hafif ve ciddi ihlalleri değerlendirmek çoğu durumda

³³³³ *Ibid.*

³³³⁴ *Ibid.* Möller ise dengelemenin faydacı ve sonuççu bir yöntem olmadığını iddia eder. Kai Möller, *Global Model of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University, 2012), 134. Dengelemede belli oranda faydacı izlerin olduğunu kabul eden Köküsarı, bu yöntemin “keyfi, belirsiz ve öngörülemez şekilde bir tartımı ifade” ettiğini reddeder. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 345. Yazara göre dengeleme, “kuru şekli kurallar”dan ibaret değildir. İçeriksel bir değerlendirme olmaksızın gerçekleştirilemeyecek olan dengelemenin değersel bir yönü vardır. *Ibid.*, 346.

³³³⁵ Çalı, “Balancing Human Rights?”, 256.

³³³⁶ Bkz. *ibid.* Bu konuda faydacı olan ve olmayan görüşlerin bakış açısı için bkz. *ibid.*, 256.

³³³⁷ *Ibid.*, 255.

³³³⁸ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96.

³³³⁹ *Ibid.*

kolay olacaktır. Somut olayı değerlendiren mahkemenin bu yöndeki kararını gerekçelendirmesinde sorunlar yaşanmayacaktır. Ara davalarda ise bir gerekçelendirmenin ortaya konabilmesi için tam da bu sebeple geniş kapsam teorisini savunanlarca dengeleme/tartım önerilir. Buna göre özellikle, ara davalarda hukuki değerlerin ve menfaatlerin derinlemesine tartışılmasının gerekli olduğu karmaşık konular cevaplanmaz veya dava sadece çelişkiler ve karmaşık yapılar kabul edilerek çözülür.³³⁴⁰ Bunu kapsam teorilerini karşılaştırırken ve değerlendirirken ayrıntılarıyla ortaya koymuştuk.

Aleinikoff, birçok zor anayasal hak çatışmalarının yalnızca dengeleme ile çözülebileceğini kabul etmez³³⁴¹. Somut davadaki tüm ilgili menfaatleri hesaba katmak anlamına gelen dengeleme kaçınılmaz görünse de dengeleme içermeyen bir tutum da anayasal kuralların sonuçlarını veya ortaya çıkan sosyal içerikleri hesaba katacaktır.³³⁴² Webber ise dengelemenin hak iddialarını içeren zor sorunlara yardımcı olduğu konusunda bir netlik olmadığını belirtir³³⁴³. Bizce de dengeleme kaçınılmaz bir yöntem olarak kabul edilemez³³⁴⁴.

Yargısal meşruluk meselesinde ortaya koyduğumuz üzere çoğu durumda, yasal düzeyde soyut bir çıkar değerlendirilmesi belirlenmiş olsa dahi çatışma durumuna özel bireysel bir inceleme gerekir³³⁴⁵. Köküsarı'ya göre, teorik olarak hakların eşit önem ve statüde oldukları savunulabilir. Ancak pratikte hak çatışmalarını çözmek için dengeleme (bu kapsamda uzlaştırma veya öncelik verme) gibi yöntemlere başvurmak zaruri olmakta ve böylece bu eşitlik pratikte bozulmaktadır³³⁴⁶. Biz bireysel bir inceleme gerekliliğine katılsak da dengelemenin zaruri olduğu noktasında yazara katılmamaktayız. Çatışma söz konusu olduğunda, gerek literatür gerekse de içtihat günden güne “doğru” karar vermenin yolunun “dengeleme” yönteminden geçtiğine inanmakta, bu ikisini bir arada görmekte ve somut olayda dengelemenin uygulanmasıyla bireysel adaletin sağlanmasını eşdeğer görmektedir. Oysa yasamanın yaptığı soyut dengeleme göz önünde tutularak somut

³³⁴⁰ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 209; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 75.

³³⁴¹ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 999.

³³⁴² *Ibid.*, 1001.

³³⁴³ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 179.

³³⁴⁴ Karşı görüş için bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 95.

³³⁴⁵ *Ibid.*, 95-96.

³³⁴⁶ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 197.

durumda eldeki tüm veriler dikkate alınıp uyuşmazlığın sonuca bağlanması dengelemeye başvurmaksızın da sağlanabilir.

Aslında dengelemeyi savunanlara göre, çatışmayı da, çoğu durumda bir uzlaştırma anlamına gelen dengelemeyi de kaçınılmaz kılan sebebin aynı olduğunu söyleyebiliriz: Anayasanın güvence altına aldığı çatışan haklardan birini devre dışı bırakıp diğerini galip ilan etmenin çözüm olarak kabul edilmemesidir³³⁴⁷. Ancak anayasal hakların çatıştığı noktada yasal düzenlemeler de dikkate alınarak bir hakkın somut olaya uygulanıp diğerinin devre dışı bırakılması, yargılamanın daha doğrusu uyuşmazlığı çözmenin doğasında vardır. Neticede, yukarıda da söylediğimiz gibi dengelemeyi savunanlar bu şekilde “doğru” bir karar verdiklerini savunsa da mevzubahis olan somut olayın şartlarına uygun olan çatışan hakların koruma alanlarının tespit edilmesidir. Biz dengeleme yöntemini tamamen reddetmiyoruz. Bununla beraber dengelemenin kaçınılmaz tek rasyonel yöntem kabul edilmesi, bize göre, dengelemeye yöneltilen “doktrinel yıkıcı nihilizm” olduğu ve farklılıkların gizlendiği bir şemsiye olmaktan öteye gidememesi şeklindeki eleştirileri sağlamlaştırmaktadır³³⁴⁸.

Aslında dengelemenin çatışmadan bağımsız olarak düşünülmemesindeki önemli etkenin, dengelemenin terazi metaforuyla özdeşleşmiş olmasından kaynaklandığını düşünüyoruz. Terazî metaforu her şeyden önce iki tarafta iki ayrı “şeyin” varlığını gerektirir. Çatışmaların ele alındığı davalarda da, geçerliliği iddia edilen fakat yalnızca içlerinden birinin korunacağı (en az) iki “hak” vardır. Adil bir karar verildiğine dair bir izlenimi terazi metaforu ve dolayısıyla dengeleme metaforundan daha iyi hangi metafor sağlayabilir ki! Bu arada uzlaşma olarak da belirtilen ve bizim esasen ikinci bölümde pratik uyuşum olarak ele aldığımız yöntemi, dengelemeden ayrı tuttuğumuzu burada tekrarlayalım. Aksi takdirde, mümkün olduğunda dengelemenin sonucunun uzlaşma da olabileceği ve bu anlamda adil bir dengelemenin olabileceği eleştirisi ile karşılaşmak zorunda kalırız ki bizce bu eleştiriye muhatap olmayacak şekilde dengelemeyi pratik uyuşumdan ayrı bir yerde tuttuk.

³³⁴⁷ Barak, *Proportionality*, 235.

³³⁴⁸ *New Jersey v. T.L.O.* 469 U.S. 325 (1985) at 369-71 (Brennan J.)’den aktaran Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 179.

Dengelemenin ortaya çıkış süreçleri de, bizce çatışma çözümü için tek rasyonel yöntem olmadığını işaretidirler. Amerika’da dengeleme esasen endüstriyel yaşama geçişte adeta toplum mühendisliği amacıyla doğmuştur³³⁴⁹. Hazar’ın çalışmasından anladığımız kadarıyla öncelikle “maddi” bir dengeleme anlayışını yansıtan AİHM içtihadında, dengelemenin usuli bir ilkeye dönüşmesi çok geç bir tarihi bulmaktadır³³⁵⁰. Nitekim Mahkeme ilk defa 1990 yılındaki bir kararında “dengeleme uygulaması”nı anmaktadır³³⁵¹. Bu iki hukuki sisteme kısaca bu şekilde yer vermemizin sebebi dengelemenin “hakimin icat ettiği tek rasyonel çözüm yöntemi” olmadığını göstermektir. Eğer dengeleme derken haklar arasında bir “denge”nin kurulmasından bahsediyorsak ki bu ancak her iki hakka da korumanın sağlanabildiği pratik uyum/uzlaşma halinde olur, o halde hakların korunması açısından ideal bir yöntemden bahsedebiliriz. Ancak dengeleme sürecinin bizi götürdüğü nokta, terazinin bir kefesinin ağır gelmesi ise dengelemenin başvuralacak tek rasyonelleştirme yöntemi olmadığını söyleyebiliriz. Örneğin, ifade özgürlüğünde siyasetçilere yönelik ifadenin daha geniş bir korumadan yararlanacağı dengeleme yöntemine başvurmak yerine amaçsal yorum takip edilerek de ortaya konabilir. Bu noktada incelenen hukuki düzendeki “anayasal haklar” algısına göre, neyin çatışma olup olmadığı da değişecektir. Çoğu hukuk düzeninin kabul ettiği ve koruduğu genel bir anayasal haklar grubu olsa da, incelenen hukuki düzendeki “anayasal haklar” algısına göre, hakların kapsamı ve neyin çatışma olup olmadığı da değişecektir. Bir anayasal hakkın anlaşılışındaki ufak bir değişim bile farklı hukuk düzenlerinde, aynı çatışmaya yönelik bambaşka cevaplara yol açabilecektir³³⁵².

Örneğin ABD Supreme Court’u Ku Klux Klan üyelerinin kışkırtıcı ırkçı açıklamalarının *First Amendment* kapsamındaki ifade özgürlüğü altında korunduğunu kabul etmiş ve Holokost’tan kurtulanların temel bir hakkıyla çatışmanın söz konusu olmadığı kanaatine varmıştır³³⁵³. Almanya’da ise, Laser-Tag oyunu, insanları (*human beings*) oyun gereği (*playful*) öldürmeyi teşvik ettiği gerekçesiyle insan onuruna aykırı

³³⁴⁹ Bkz. bu çalışma dp. 3141.

³³⁵⁰ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi*, 176.

³³⁵¹ *Ibid.*

³³⁵² Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 6.

³³⁵³ *Brandenburg v Ohio* 395 U.S. 444 (1969)’den belirten Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 6. Tam bu noktada Zucca’nın “öncelik varsayımı” (*presumption of priority*) dikkate alınabilir. Yazara göre örneğin, ABD’de gizlilik ile ifade özgürlüğü arasındaki bir çatışmada ifade özgürlüğü galip çıkar. Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 37.

bulunmuştur³³⁵⁴. Yani bir taraftan bir oyun insan onuruna aykırı bulunurken, diğer taraftan ırkçı bir grubun kamusal ayrımcılığı ve saldırgan ifadelerinin herhangi bir temel hakkı ihlal etmediği hükmü söz konusudur³³⁵⁵.

Başörtüsü sorunu da bir örnek olarak verilebilir. ABD’de başörtüsü hiçbir zaman bir kamusal problem veya yasak konusu olmazken, Avrupa’da okullardaki başörtüsü yasağı, AİHM tarafından dini özgürlüğe veya ifade özgürlüğüne aykırı bulunmamıştır³³⁵⁶. Şüphesiz devletin tarihi anayasal hakların ve onların sınırlamalarının yorumunda etkili olmaktadır. Dolayısıyla hak çatışmalarının çözümünde her bir anayasal hakkın kapsamı önemlidir ve genel bir cevabın bulunması mümkün olmayabilir³³⁵⁷. Bu aynı zamanda koşullar müsait olduğunda tarihi genetik yorum kullanılarak da çatışmanın çözülebileceğini gösterir.

Alexy’nin mutlak haklar eleştirisine yanıt kısmında da belirttiğimiz gibi hakkın koruma alanının belirlenmesi, yorumla doğrudan bağlantılı bir konudur. Anayasa hukukunda yorum (somutlaştırma³³⁵⁸) hem çok geniş bir alanı kapsayacak derinlikte, hem de kavramak için büyük bir çabayı gerektirecek, kendi başına bir doktora tezi konusu olabilecek bir konudur. Bu nedenle bizim yoruma dair derin sorgulamalara girmemiz mümkün değildir³³⁵⁹. Ama yeri gelmişken burada birkaç şey söylemek isteriz. En genel anlamıyla hukuksal yorum, normların anlamlarının araştırıldığı bir etkinlik ve bu etkinliğin sonucudur³³⁶⁰. Normun anlamının belirlenmesinin de çatışma çözümü ile ilişkisini ayrıntılandırmamıza gerek yoktur sanırız.

³³⁵⁴ ECJ, Case C-36/02, Omega Spielhallen-und Automatenaustellungs GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, ECR 2004, I-09609’den belirten Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 6. Bu karar iki anayasal hak arasındaki çatışmaya değil, AB hukuku altındaki bir temel hak ile bir temel özgürlük arasındaki çatışmaya örnektir. Ancak yine de temel hakların kapsamı ve yorumu hakkındaki farklılıklara dair bir ipucu vermektedir. *Ibid.*

³³⁵⁵ *Ibid.*

³³⁵⁶ *Ibid.*, 7.

³³⁵⁷ *Ibid.*

³³⁵⁸ Somutlaştırma (*Konkretisierung*) kavramı, anayasa yorumunun, anayasanın kendine özgü karakterinin bir sonucu olarak nitelemeye neden olan tüm özelliklerine karşılık kullanılır. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 118. Bu kavramı kullananlar için bkz. *Ibid.*, (dp. 327). Türk hukuk literatüründe Oder, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, bu alanın niteliği ve özellikle norm yapılarından kaynaklanan özellikler nedeniyle yorum sözcüğünden çok somutlaştırma sözcüğünün tercih edilmesi gerektiğini belirtir. Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 49.

³³⁵⁹ Benzer şekilde Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, 29.

³³⁶⁰ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 122. Ayrıca Gözler, “Yorum İlkeleri”, 17.

Daha önce de benzer şekilde ifade ettiğimiz üzere anayasal hak ve özgürlükler, çoğunluğu soyut ve genel nitelikli güvenceler içerdikleri için sadece sözel yorumla anlamlandırılması ve uyuşmazlıkların atlama yoluyla kolayca çözümü pek mümkün değildir³³⁶¹. Anayasal hakların somutlaştırılmasında, sözel yorumdan başlayıp diğer yorum türlerine kadar uzanan kanıtlama anlamına gelen “yorum döngüsü”nde, sözel aşamaya, diğer aşamalara göre hızlıca geçilebilmektedir. Anayasal hak ve özgürlüklerin normatif yapıları sistematik ve teleolojik kanıtlamaya ağırlık verilmesini gerektirmektedir³³⁶². Kökeni Savigny’ye dayanan geleneksel yorum yöntemleri³³⁶³ anayasanın yorumunda yetersiz kalır. Anayasanın belki de kendisine özgü³³⁶⁴ kabul edilecek hangi yorum teorilerine ve yöntemlerine başvurulacağı ise oldukça tartışmalıdır. Bu nedenle anayasal hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda sistematik-teleolojik kanıtlamanın araçları olarak pratik uyum, tartım ve dengeleme ön plana çıkmaktadır³³⁶⁵. Bu noktada yorum yöntemi olarak dengelemeye başvurulması hususunda birkaç şey söylememiz gerekir.

Dengelemeye başvurulduğunda amaç her durumda en azından anayasal hak çatışmalarını dengeli bir şekilde çözmek ve hukuki kesinlik konusunda yardımcı olabilecek genelleştirilebilir sonuçlar elde edecek şekilde kararlar vermek olmalıdır³³⁶⁶. En iyi denge anayasal konumların çok yönlü korunmasıyla bulunmalıdır³³⁶⁷. Hukuk normunun çatışma durumunda bir hakkı doğrudan sınırlama imkanı getirmesi, bireysel davadaki özel durumların, karar verme sürecine dahil edilmesini ve davaya uygun karar verilmesini zorlaştırır³³⁶⁸. Bireysel davalarda ise ayrıntılı koşullar ve özellikle ilgili temel hakkın koruduğu menfaatler bilinir ve etkilenenlerin yorum yapma ve sürece katılma

³³⁶¹ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 127.

³³⁶² *Ibid.*, 125.

³³⁶³ Sancar bu yorum yöntemlerini “dört + bir” kanonu olarak tanımlamaktadır. Dört Savigny’nin yorumun dört unsuru olarak saydığı ve aynı yorum sürecinde birlikte ele alınması gereken “gramatik”, “mantıksal”, “tarihsel” ve “sistematik” yorum yöntemleri iken, “bir” aslında Savigny’nin yöntem öğretisiyle çelişki içinde olan ve Savigny’nin yorum unsurunu teleolojik unsurlarla tamamlama çabasının sonucu olan “teleolojik” yöntemdir. Sancar, “Temel Hakların Yorumu”, 43-49. Geleneksel yorum yöntemleri için ayrıca *ibid.*, 81, 84-85. Geleneksel yaklaşıma yönelik eleştirilere için bkz. *Ibid.*, 90-97.

³³⁶⁴ Anayasanın yorumlanmasında, özel hukuktan farklı olarak neden klasik yorumla yetinemeyeceğine dair bkz. *Ibid.*, 154-155.

³³⁶⁵ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 122.

³³⁶⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 96.

³³⁶⁷ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, s. 467; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 230.

³³⁶⁸ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 215.

fırsatı vardır. Bu ince ayarlama kanunun uygulanması çerçevesinde gerçekleştirilmelidir³³⁶⁹. Anayasal hakların korunması dinamik bir hale getirilerek mümkün olan en iyi koruma, ilgili anayasal hakkın koruduğu çıkarlara uygun bir şekilde bir denge ve bireysel adaletin gerçekleştirilmesiyle sağlanabilir³³⁷⁰.

Bireysel davanın tüm olguları ve koşulları ayrıntılı bir tespit ve kesin bir analizle dikkate alınarak rasyonel bir dengeleme sağlanabilir³³⁷¹. Hukuki kesinliğin yanı sıra bireysel adaleti sağlama noktasındaki avantajı da dikkate alındığında dengeleme, kendisine yöneltilen tüm eleştirilere karşın, metodolojik olarak uygun bir yöntem olarak uygulanabilir³³⁷². Bu noktada Gottlieb'in dengelemeye dair daha geniş ve cesur ifadesi dikkat çekicidir:

“Dengeleme, opak bir kutudaki tanımsız ve tanımlanamaz ancak doğru ya da en iyi yanıtı vermesi beklenen bir süreç için kullanılan bir terimdir. Rakip düşünceleri ölçemediğimiz ve karşılaştıramadığımız durumlar için bu gizemli süreç için bir terim ayırma eğiliminde olduk. Tüm uygun girdileri ölçmenin ve onları karşılaştırmanın bir yolu ve bize bunu nasıl yapacağımızı söyleyen bir teori olsaydı, buna dengeleme demezdik. Bunun yerine, ‘en uygun maliyetli çözümü türetmek’ veya sadece ‘sorunu çözmek’ gibi bir şey denilebilirdi”³³⁷³.

Gerçekten de böyle düşünüldüğünde ve dengeleme matematiksel olarak bir formülle sonuç üretme vaadinde bulunmadığı sürece, hakimin başvuracağı metodolojik bir yöntem olarak kalabilir. Bizce tartımlı bir matematik formülü olarak ortaya koymak ve bu noktada haklara ağırlık atfetmek yerine, gerek bir hakkın korunmasıyla gerekse de çatışan hakların uzlaşmasıyla sonuçlanacak dengeleme için belli koşulları aramak ve dengeleme sürecinde dikkate alınması gereken kriterleri ortaya koymak daha doğrudur³³⁷⁴.

³³⁶⁹ *Ibid.*, 216. Bunu, prosedürel hakkaniyet başlığı altında ele alan bkz. Çalı, “Balancing Human Rights?”, 267.

³³⁷⁰ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 216.

³³⁷¹ *Ibid.*, 222. Ayrıca Rüter, “Grundrechtskonflikte”, 470.

³³⁷² Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 95. Aynı yönde Nur Kayacan, *Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights*, 15.

³³⁷³ Gottlieb, “The Paradox of Balancing Significant Interests”, 839.

³³⁷⁴ Bkz. Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 94, 95. Martin, dengelemeyi belli standart ve yöntemlere bağlamanın önemine dikkat çeker. Martin, *Grundrechtskollisionen*, 219. Yazar münferit durumlarda çatışmaları çözmek için yönergeler öne sürer. Bkz. *ibid.*, 205-208 vd. Yazar, yönerge ve karar kriterleri olarak şunları sayar: a) Çatışan hukuki menfaat ve menfaatlerin tespiti, b) çatışan yasal çıkarın ve çıkarların ağırlıklandırılması, c) karşılıklı müdahale derecesi, d) çözümlerin izole edilmiş olmaması, e) değer ve çıkarların tartılması, f) bastırılmış temel hakkın değerlendirilmesi, g) temel haklar çatışmalarının nadiren çözülemezliği. *Ibid.*, 249-254. Dengelemenin maddi unsurları yanında,

Mademki basitçe Mahkemenin karar verirken birçok farklı gerekçeyi hesaba katması anlamına gelen dengelemede sorun yaratan bu gerekçelerin neler olduğudur³³⁷⁵, doğrusu da bu kriterleri bulmak olacaktır. Stemmler bu talebi, “tamamen münferit durumla ilgili çıkarların ağırlıklandırılmasından, genelleştirici gereksinimleri olan

şekli unsurlarını arayan Köküarı, bunun gerekçesi olarak dengelemenin irrasyonellik eleştirisinden kurtulmasını ve Alexy'nin geometrik formüllerinin hak çatışmalarında tatmin edici şekilde uygulanamamasını göstermektedir. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 279. Köküarı, dengelemeyi dört aşamaya ayırır. İlk aşama olarak dengelemenin temel unsurlarını ortaya koyar. Yazarın, dengelemenin temel unsurlarından kastı “tespit edilecek ağırlığın ne olduğu, ağırlığın hangi ‘unsur ve faktörlere’ göre tespit edileceği ve ağırlığın tespit edilmesinden sonra nasıl hareket edileceğidir.” *Ibid.*, 249. İkinci aşamada, dengeleme kriterleri dikkate alınır. Üçüncü aşamada, somut dengeleme yapılırken belli adımlar takip edilir. Son aşamada, dengelemenin sonucu öncelik verme veya uzlaştırma olarak belirlenir. İlk aşama olarak dengelemenin temel unsurlarına baktığımızda ise, yazarın, maddi unsurlar ve şekli/usuli unsurlar ayrımıyla karşılaşırız. *Maddi unsurlar* olarak a) çatışan haklardan birisinin uğradığı zararı ile diğer hakkın elde ettiği yararı b) hakkın soyut değeri veya üçüncü hak etkisi c) bir tarafın önceki davranışı d) eklenen kamusal menfaati dikkate alınır. Bkz. *ibid.*, 246-277. *Şekli/usuli unsurlar* olarak a) usuli imkanların varlığına bakılır, yeterli gerekçelendirme ve titiz araştırma yapılır, b) bütüncül yorum belirlenir ve c) takdir marjı değerlendirilir. Bkz. *ibid.*, 278-289. Dengeleme kriterlerine ilişkin olarak ise yazar takip edilmesi gereken ilkelerden söz eder: a) “Mümkün olduğu kadar daraltılmış, bölünmüş ve somut olma”, b) “anlaşılır ve kolay uygulanabilir olma”, c) “çatışmanın çözümüne elverişli olma”, d) “küçük değişiklikler hariç istikrarlı olma”, d) “sübjektifliği önleyici ve inandırıcılığı artırıcı olma”. *Ibid.*, 290-294. Ducoulombier, hak çatışmalarını çözmek için dengeleme kabul edilse dahi, hiyerarşik bir çerçeve önerir. Bu çerçeve dört soruya dayanır. 1. Haklarda içerilen nedir? Yazara göre bu (AİHM'nin oluşturduğu) maddi hiyerarşi ile ilgilidir. Örneğin, basın özgürlüğü, sanat özgürlüğünden veya ticari ifade özgürlüğünden daha önemli kabul edilmiştir. 2. Hak sahipleri kimlerdir? Örneğin, bir politikacının ifade özgürlüğü, sıradan insanlara göre daha çok korunurken, özel hayatı daha az korunur. Söz gelimi, AİHS'in 8'inci maddesi dikkate alınarak çatışmalarda çocuğun yüksek yararı her şeyden üstün tutulur. 3. Nasıl? Burada kastedilen, haklar arasındaki çatışmada kimi zaman bir hakkın korunması için diğerinin tamamen reddedilmesinin söz konusu olabilemesidir. Dikkate alınan bir hak korunurken, onunla çatışan hakkın özünün ihlal edilip edilmediğine bakılır. 4. Niçin? Burada ise hakkın kullanımındaki amacın, özel menfaat mi yoksa kamusal bir menfaat mi içerdiğine bakılır. Demokrasinin ilerlemesi gibi bazı kamusal menfaatleri içeren kimi hakların, bir çatışmada diğer hakkı yenmesi söz konusu olabilir. Bkz. Ducoulombier, “Conflicts Between Fundamental Rights”, 239-243. Her ne kadar Ducoulombier tam da bu kavramdan kaçınıldığına dikkat çekerek “hiyerarşi”den bahsetse de, bizce yazarın önerdikleri de dengeleme kriterleri kapsamında değerlendirilebilecek hususlardır. Örneğin Mahkeme politikacıların sıradan insanlara göre daha geniş bir ifade özgürlüğü kullanım alanına sahip olduklarını içtihadı olarak ortaya koyduğunda, artık önüne gelen çatışmaları buna göre değerlendireceklerdir. Smet, gerekçelendirme (*reasoning*) testi olarak dengelemenin, çatışma halindeki insan haklarını destekleyen ve aleyhte olan sebeplerin gücü hakkında karşılaştırmalı yargılarda bulunmayı mümkün kıldığını iddia eder. Yazar yapılandırılmış dengeleme için teoride yedi kriter içeren bir “çok-faktörlü test” önerir. Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 143. Yazarın AİHM içtihadından yola çıkarak tüketici şekilde oluşturduğu (*Ibid.*, (dp. 6)) bu yedi kriter şunlardır: Değer kriteri, etki kriteri, merkez-çevre kriteri, ek haklar kriteri, genel menfaat kriteri, amaç kriteri ve sorumluluk kriteri. *Ibid.*, 143. Bu kriterlerin kısaca tanımı için bkz. *Ibid.*, 143-145. Kriterlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. *Ibid.*, 147 vd.

Çalışmamızın ortaya çıktığı sorular itibarıyla, dengelemeye dair koşulları ve/veya dengeleme sürecine dair kriterleri belirlemeyi amaçlamadık. Bu nedenle yalnızca, burada birkaç yazarın görüşlerini kısacak özetleyip atf vermekle yetindik. Nitekim ana metinde, dengeleme formülünü değerlendirdiğimiz Alexy'nin görüşleriyle beraber, dengelemenin aşağı yukarı işleme sürecini de ortaya koyduk. Çatışma çözümü noktasında dengelemenin nasıl bir yer kapladığı ve bu noktada kendisine yöneltilen eleştirileri ortaya koymanın önemli olduğunu düşündük.

³³⁷⁵ Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 140.

değerlerin soyut bir tartımına doğru bir geçişe yol açabilecek yolların aranması” olarak da ifade eder³³⁷⁶. Aksine kararın yeterli ve ayrıntılı bir gerekçelendirmesinin yapılması da öznel karar riskini azaltıp rasyonelliği yükseltecektir³³⁷⁷. Böylelikle, kararın daha iyi değerlendirilebilmesi ve öngörülebilirliği mümkün olacaktır³³⁷⁸.

Eğer dengelemeyi bu şekilde kavramazsak, bireysel vakıanın rasyonel ve bağlayıcı standartlardan yoksun olması ve öznel yargılar ile önyargılar üretebilecek kararı etkileme riski taşıması eleştirileri haklılık payına sahip olacaktır³³⁷⁹. Dengelemenin Brennan’ın deyimiyle, doktrinel yıkıcı nihilizme dönüşmesi aslında bir yargılamada Mahkemenin anayasal metnin dilini, önceki davaları ve anayasal yorumun klasik özelliklerini içeren diğer hususları ihmal ederek karar vermesi ile gerçekleşir³³⁸⁰.

Gerçekten de tartım esasen dikkatli kullanılması gereken boş bir formüldür³³⁸¹. Her sonucun hukuki çıkarların tartımı ile haklılaştırılacağı izlenimini doğuracak kadar yargısal prensipler olmaksızın dengelemenin yapıldığı ve bunun hukuki sonuçların öngörülebilirliğini zorlaştırdığı noktada dengeleme bu eleştirileri hak etmektedir³³⁸². Dengelemeye rehberlik edecek rasyonel kriterler olmadıkça dengelemenin sonucu öngörülemezdir³³⁸³. Bu şekilde uygulanan dengelemenin ise mekanik (içtihat) bilimine dönüşüp ikna etme kabiliyetini yitiren metodolojik bir boşluk olduğu eleştirisi haklı hale gelecektir³³⁸⁴.

İçtihadı dayanarak Mahkeme hakkın ne zaman söz konusu olduğunu veya hangi şartlar altında bir menfaatin diğerini önceleyeceğini belirleyen kapsayıcı kurallar üretebilir. Böylece Mahkeme görevini yerine getirmiş olur³³⁸⁵. Stone Sweet and Mathews, bunun, yargılamada dengelemenin veya hukuk yapmanın içerildiğini inkâr etmekten daha dürüstçe olduğuna dikkat çekerler³³⁸⁶. Yazarlar, hakim değerlendirmesine göre değişen dengelemenin, kararlara varmak için istikrarlı

³³⁷⁶ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 95.

³³⁷⁷ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224.

³³⁷⁸ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 349.

³³⁷⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 219.

³³⁸⁰ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 988. Yazara göre bu sorun daha çok anayasal olan ve olmayan menfaatlerin dengelendiği davalarda ortaya çıkar (*Ibid.*, 989). Biz yalnızca anayasal hak çatışmalarını ele aldığımız için bunun üzerinde durmuyoruz.

³³⁸¹ Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, 95.

³³⁸² *Ibid.*, 94-95.

³³⁸³ *Ibid.*, 94.

³³⁸⁴ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 983.

³³⁸⁵ Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, 11.

³³⁸⁶ *Ibid.*

prosedürler geliştirmesiyle hüküm vermede istikrarlı tedbirler sunamayacaklarını belirtirler³³⁸⁷. Bu iki ucun farkında olmalıyız. Mahkemenin tamamen ne karar vereceği her zaman belli değildir; mutlaka tartımın somut duruma uygulanması gerekir. Zaten dengelemenin özünde de bu vardır. Değerlendirmenin sonucu bireysel koşullara sıkı bir şekilde bağlı olduğu için hiçbir zaman basit bir ikameyi mümkün kılacak bir düzeyde kuralın üretilmesini bekleyemeyiz³³⁸⁸. Aksi takdirde yani kesin bir sonuçtan söz edebilseydik dengeleme söz konusu olmazdı. Tıpkı Gottlieb'in belirttiği gibi sorunu "çözmek" veya "çözüm üretmek" söz konusu olurdu. Öte yandan bu durum, belli hak çatışmalarına özgü veya belli durumlarda içtihat da yerleşmiş genel kriterlerin bulunup hukuki güvenilirliğin arttırılamayacağı anlamına gelmez.

Süreç içinde somut durum değerlendirmelerinden, daha sonra ortaya çıkacak çatışma durumlarında da uygulanabilecek düzenli somutlaştırmalar ortaya çıkabilir³³⁸⁹. Dengelemenin uygulanmasıyla ortaya çıkan içtihat koşullu bir öncelik sistemi yaratılabilir ve bundan sonraki davaların hukuki kesinliğini ve öngörülebilirliğini arttırabilir³³⁹⁰. Zaman içerisinde oluşturulan belli kriterlerden sapma ise özel bir şekilde gerekçelendirilmelidir³³⁹¹. Anayasa Mahkemesi bu kriterlere uyduğunda, daha önceki yapılandırılmış değerlendirme süreçleri sayesinde gelecekteki birçok çatışma durumunun çözümü belirli bir kesinlik derecesinde tahmin edilebilecektir³³⁹².

Sonuç olarak çatışma çözümünde dengelemeye başvurulabileceğini kabul etmekle beraber, anayasa hukukunda dengeleme içeren ve içermeyen tutumların³³⁹³ birçok

³³⁸⁷ *Ibid.*

³³⁸⁸ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 317.

³³⁸⁹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 224.

³³⁹⁰ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 173-174; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 221

³³⁹¹ Martin, *Grundrechtskollisionen*, 221-22

³³⁹² Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 173-174; Martin, *Grundrechtskollisionen*, 221.

³³⁹³ Dengeleme içermeyen tutumlardan ikisini Martinez-Zorrilla yalnızca ismen saymıştır. Bunlar Susan L. Hurley'in tutarlı önerisi (*coherentist proposal*) ve Zucca'nın çatışma kurallarıdır. Martinez-Zorrilla, "The Structure of Conflicts", 732. Zucca'nın "öncelik kuralları" için bkz. Zucca, "Conflict of Fundamental Rights", 35 vd. Dengeleme içermeyen bir yöntem olarak Zucca'nın görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 185-186. Heissl ise anayasal hakların çatışma çözüm yöntemleri olarak şunları bizimle paylaşır: Fohmann'ın çözüm noktaları seçimi (*Auswahl des Lösungspunktes*); Celine Martin'in bir anayasal hakka öncelik vermesi (buna pratik uyum ile kaçınma ilkesini birbirinden ayırırken değinmiştik); Arosemena'nın İdeal fikri (*Idealvorstellung*) dahil etmesi ve Berka ve Weber'in "hukuki değer ve menfaat tartımı"dır. (Heissl, *Grundrechtskollisionen*, 54-58). Çatışmalar çözümü için bir başka öneri Kemal Gözler'den gelir. Yazar "sıfat-ı arızada aslolan âdemdir" ilkesinin; çatışma çözümünde yol gösterici bir ilke olabileceğini savunur. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 261. Yazara göre, asli nitelik ile arızı nitelik çatışırsa, bu çatışma arızı nitelik düzenlenerek, sınırlandırılarak veya yasaklanarak çözümlenir. Örneğin, sigara içme özgürlüğü bağlamında, sigara içenler ile içmeyenlerin özgürlüklerinin

durumda yanyana olduğunu ifade eden Aleinikoff'a da kulak vermeliyiz: “Anayasal dilin ve yapının anlamının ciddi teorik araştırmaları için sahte matematiksel kesinlik ve nesnel anayasa biliminden vazgeçebiliriz”³³⁹⁴. Bu noktada “dengelemeden çok yararlanmanın aşırı tehlikesine karşı kör olmamalıyız”³³⁹⁵.

Aleinikoff'a göre, anayasa hukukuna zarar veren dengeleme çağına alternatif yeni özgürleştirici yöntemler arama zamanıdır³³⁹⁶. Webber ise, anayasa hukukçularının kült haline getirdiği, haklara yalnızca ölçülülük ve dengeleme prizmasından bakılması hususunu, alternatif hak gerekçeleme metot ve modelleri ihtimalinin kavranılması önünde engel olarak görür³³⁹⁷. Ancak, her ne kadar kendisine yöneltile eleştiriler haklı ve güçlü olsa da, dengelemeye alternatif olacak güç ve kapsamda bir yöntem henüz keşfedilmiş değildir³³⁹⁸.

Dengeleme ancak bir metafor olarak kabul edilebilir. Bu noktada Aleinikoff'un Benjamin Cardozo'dan aktardığı uyarıyı dikkate almak, bizce metafor kabulünün sonucudur: “Hukukta metaforlar çok dar olarak izlenmelidir, çünkü düşünceleri özgürleştirme araçları olarak başlayıp onları esirleştirme ile sonuçlanır çoğu zaman”³³⁹⁹.

çatışmasında yazar, kapalı yerlerde yasaklanması gerekenin sigara içilmesi olduğunu belirtir. Zira arızı olan, sonradan ortaya çıkan şey olan sigara içmedir. Gözler, “Yorum İlkeleri”, 35. Köküsarı'ya göre, Gözler'in “sıfat-1 arıza” “sıfat-1 asliye” yöntemi, aslında hiyerarşik denilecek bir yöntemdir. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 197-198. Elbette dengeleme içermeyen çözüm yöntemleri bu saydıklarımızdan ibaret değildir.

³³⁹⁴ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 1003. Örneğin, dengelemeyi savunmakla beraber, böyle bir kesinliğin sağlanamayacağını kabul eden Pulido, “The Rationality of Balancing”, 197-198, 208. “Objektiflik, ancak kanunda yer alan hükümlerin ilkelerin içeriğini tamamen belirlediği ideal bir sistemde sağlanabilir.” Pulido, “The Rationality of Balancing”, 198.

³³⁹⁵ Aleinikoff, “Age of Balancing”, 943.

³³⁹⁶ *Ibid.*, 1005.

³³⁹⁷ Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 180.

³³⁹⁸ Örneğin bkz. De Schutter ve Tulkens, “Rights in Conflict”, 21. Bu yönde Gottlieb, “The Paradox of Balancing”, 842; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 356. Dengeleme yöntemini gerçekten hakkıyla eleştiren görüşlere –örneğin Webber ve Tsakyrakis'e- baktığımızda, çoğunlukla anayasal hakların çatışmasına ahlaki bir bakış açısıyla yaklaşma talebi görüyoruz. Biz, anayasal haklara ahlaki bir bakış açısıyla yaklaşmadığımızı açıkça ortaya koymuştuk. Bkz. Webber, “The Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 194; Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 474. Ayrıca Aleinikoff'un görüşü için bkz. Aleinikoff, “Age of Balancing”, 973-974 ve bunu değerlendiren Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 352. Yine dengelemeye karşı güçlü eleştirilerde bulunan Zucca, *açmaz çatışmalar* dışında tuttuğu çatışmalar için dengelemenin mümkün olduğunu savunur. Zucca, “Conflict of Fundamental Rights”, 28. Zucca'nın bu tutumuna dikkat çeken bir başka yazar Smet, *Resolving Conflict between Human Rights*, 184.

³³⁹⁹ Berker v. Third Ave. Ry., 244 N.Y. 84, 94, 155 N. E 58, 61 (1926)'dan aktaran Aleinikoff, “Age of Balancing”, 1005. Aleinikoff, dengelemenin özellikle Amerika hukukunda ortaya çıkış süreci ile sonrasındaki gelişim sürecine atıf yapar. İlk zamanlarda bilimsel bir yöntem sağlama girişimi olan dengeleme, ilerleyen zamanlarda, Mahkemenin, esasen zor anayasal tercihlerden kaçınırken bilimsel

Anayasal hak çatışmalarında bireysel başvurunun koşullarının önemini, gerek FAYM'nin çatışma modelini ele alırken gerekse de bu başlık altında ortaya koymuşken ve anayasa yargısının çatışma çözümündeki meşruluğunu belli bir oranda kabul etmişken bu başlığın hemen arkasından Türk Anayasa Mahkemesinin tutumunu değerlendirmek yerinde olacaktır. Şimdiye kadar anayasal hak çatışmalarına dair yaptığımız çıkarımları ana bir hat olarak izleyip Anayasa Mahkemesinin nasıl tutum izlediğini ve Mahkemenin çatışmaya hangi “dil” ile yaklaştığını görmek, sanırız ki çalışmanın bundan önceki kısmıyla tamamlanmış bir bütün oluşturacaktır. Böylece hem Türk anayasa hukukunda hak çatışmalarının nasıl ele alındığını daha derinlemesine ele alma hem de soyut çıkarımlarımızı Mahkeme kararları ile daha somut hale getirme imkanına kavuşacağız.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARINI DEĞERLENDİRMESİ

Bu başlık altında Türk Anayasa Mahkemesinin, anayasal hak çatışmalarını nasıl değerlendirdiğine ve şimdiye kadar ele aldığımız konulara nasıl yaklaştığına bakacağız. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin çatışmaya yaklaşımını değerlendireceksek de, öncesinde, özellikle sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların Türk hukukunda nasıl değerlendirildiğini incelemek istiyoruz. Bu konuya çalışmamızın ikinci bölümünde önemli bir yer ayırmış ve özellikle Alman anayasa hukukunu temel almakla beraber teorik olarak genel açıklamalarda bulunmuştuk. Burada ise Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına geçmeden önce, Türk hukuku açısından sorunu değerlendirmenin yararlı olacağını düşünüyoruz.

2001 Anayasa değişikliği ile beraber Türk anayasa hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi, Alman hukukuyla aynı konuma düşmüştür. Dolayısıyla Alman hukukunda bu kadar yoğun tartışılan konunun, bizde de yoğun olarak tartışılmasını gerektiren bir zemin oluşmuştur. Bu nedenle sınırlama sebebi içermeyen hakların sınırlandırılması meselesini ele aldıktan sonra, Anayasa Mahkemesinin kararlarını çatışma bağlamında değerlendireceğiz.

ve tarafsız görünmek için ekonomi ve politik bilim jargonunu kullanmaya dönüşmüştür. Yazara göre, anayasal hakların sosyal politika tartışması çerçevesinde kavranması ise çok az anayasal “teori” olduğu anlamına gelir. *Ibid.*, 992. Başlangıçta yargıcın anayasa hukuku ile gerçek dünya arasındaki ilişkileri dikkate almasını sağlayan özgürleştirici bir metafor ve formalizme karşı bir çıkış iken, dengelemenin kendisi katı ve kalıplaşmış bir hale gelmiştir. *Ibid.*, 1005.

Bizim Anayasa Mahkemesi kararlarını ele almaktaki amacımız, Mahkemenin farklı hak çatışmalarını ne şekilde ele alıp, bu tür durumlar için ne tür ortak kriterler kullandığını tek tek ortaya koymak değil, daha ziyade Mahkemenin çatışmaya nasıl bir teorik çerçeveden yaklaştığını ortaya koymaktır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin, özellikle bireysel başvuru kararlarında izlediği tutumun çerçevesini göstermek istiyoruz. Böylece genel bir tablo ortaya çıkarıp çalışmamızı sonlandırmış olacağız.

A. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA SINIRLAMA KAYDI İÇERMEYEN ANAYASAL HAKLARIN SINIRLANDIRILABİLİRLİĞİ İLE ÇATIŞMA ARASINDAKİ İLİŞKİ

2001 anayasa değişikliğinden önce³⁴⁰⁰, Alman Anayasasının aksine 1982 Anayasasında kademeli bir sınırlandırma rejiminin öngörülmemesi, anayasal hak çatışmalarının ortaya çıkma olasılığını azaltır nitelikteydi³⁴⁰¹. Ancak bu değişiklikten sonra, Türk hukukundaki anayasal hakların sınırlandırılması rejimi, “basit yasa kaydından sınırlama nedenine yer verilmemesine kadar kademeli bir sınırlama rejimi”ne³⁴⁰² dönüşmüştür. Artık yasa koyucu, hakkında hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiş ve sınırlanması konusunda basit yasa kaydına da yer verilmemiş olan anayasal hak ve özgürlüklerin koruma alanlarını herhangi bir şekilde sınırlandıramayacaktır³⁴⁰³. Bu düzenlemeden sonra, haklarında hiçbir sınırlama nedeni

³⁴⁰⁰ Bu değişikliğin neler getirip, neler götürdüğünün kısa bir özeti için bkz. Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, *Ankara Barosu Dergisi* 59, no. 3-4 (2001): 53-67.

³⁴⁰¹ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 29. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde, Anayasanın 13’üncü maddesinin son fıkrasında, genel sınırlama nedenlerinin tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olduğunun vurgulanması, Anayasanın yasa kaydı içeren ve içermeyen temel haklar ayırımına dayanan kademeli sınırlama sisteminden kesin olarak uzaklaştığının ifadesiydi. *Ibid.*, 24. 2001 değişikliği için konuşursak, Kanadoğlu’na göre, Anayasanın 13’üncü maddesindeki özel sınırlandırma sebepleri ve Anayasanın 14’üncü maddesi dikkate alındığında, anayasa koyucunun, temel hak çatışmalarının çözümünü somut olayda, yargı organlarına bırakmamayı tercih ettiği anlaşılmaktadır. *Ibid.*, 30.

³⁴⁰² Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 258-259, 260. Kanadoğlu’nun Alman hukukundan farklı gördüğü, ancak 2001 değişikliğinden sonra bu farklılığın ortadan kalktığını söylediği Türk anayasa hukukundaki temel hakların sınırlanması rejimi için Vural’ın şu sözlerine yer verebiliriz: “Türk ve Alman temel haklar rejimleri arasında tam bir paralellik bulunmaktadır. Anayasanın ilk hali, bu paralellüğün bazı istisnalarını barındırmaktaydı; bu istisnalar sonradan yapılan değişikliklerle yürürlükten kaldırıldı. Alman düzeninde karşılığı bulunmayan genel nedenlere bağlı yasa kaydı 2001 değişikliğiyle kaldırıldı. Alman düzeninde bulunan ve Türk düzeninde bulunmayan bireysel başvuru yolu ise 2010 değişikliğiyle, belirli bir küme temel haklar bakımından, Türk düzeninde tanındı.” Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 258 (dp. 41).

³⁴⁰³ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 261. Anayasa madde 13 (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md) “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili

olmayan anayasal hakların (örneğin 36'ncı maddede düzenlenen hak arama özgürlüğü ve 48'inci maddede düzenlenen sözleşme özgürlüğü) akıbeti tartışmalı hale gelmiştir³⁴⁰⁴.

Türk hukukunda sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların³⁴⁰⁵ sınırlandırılması konusunda, Alman öğretisi tarafından geliştirilen nesnel sınırlılık ile anayasal hakların anayasa normlarıyla çatışmasından doğan anayasal sınırlılığı ilkesi takip edilmiştir³⁴⁰⁶. Dolayısıyla hâkim görüş, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hak ve özgürlüklerin sınırsız özgürlük getirdiğinin kabul edilemeyeceği yönündedir³⁴⁰⁷. Ancak, anayasal

maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

³⁴⁰⁴ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 260. Böyle bir tartışmanın kısa bir özeti için bkz. Taner Bozkurt, “‘Haklarında Özel bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş’ Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle ‘Sözleşme Hürriyeti’ Açısından Durum”, *Hukuk Gündemi*, 144-153. <http://www.ankarabaru.org.tr/siteiler/ankarabaru/hgdmakale/2008-1/21.pdf>.

³⁴⁰⁵ Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 349.

³⁴⁰⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 187; Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 266. Vural, yasayla sınırlama sebebi öngörülmemiş hak ve özgürlüğün (örneğin madde 24’de öngörülmuş din özgürlüğü) sınırlarının, anayasal sınırlılık hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir. *Ibid.*, 264. Zafer Gören de temel hakların farklı yaşam alanlarında geçerli olduğunu belirtmekte ve buna ilişkin nesnel sınırlılık teorisini yansıtan açıklamalarda bulunmaktadır. Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, 105-107.

³⁴⁰⁷ Bozkurt, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı”, 145. Örneğin Özbudun, Anayasa’da belirtilmese de her temel hak ve özgürlüğün yapısından kaynaklanan, yani “eşyanın tabiatında mevcut” objektif sınırlarından bahsetmektedir. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 115, 121. Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na göre, Anayasada hükmedilmesi şart olmayan, hakkın kendi niteliğinden doğan, norm alanını belirleyen nesnel ve doğal sınırları vardır. Hak veya özgürlüğün kullanım alanı dışındaki eylemler korunmaz. Düşünce özgürlüğünün hakareti, gösteri özgürlüğünün silahlı saldırıyı içermemesi buna örnek gösterilebilir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 138. Mehmet Sağlam da sınırlama sebebi öngörülmemiş hak ve özgürlüklerin tamamıyla sınırsız olacakları düşüncesinin kabul edilemeyeceğini, hakkın doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu ve hatta AİHS’in uygulanmasının da bu yönde olduğunu belirtmiştir. Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 254-255. Fazıl Sağlam, diğer anayasal normlar gereği sınırlama kaydı içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği düşüncesindedir. Fazıl Sağlam, “2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları” *Anayasa Yargısı* 19, (2002): 292 vd. Fendoğlu, her hakkın kendi niteliğinden kaynaklanan objektif sınırları olduğu ve bunun, eşyanın tabiatından kaynaklandığı görüşündedir. Tahsin Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ay. Md. 13”, *Anayasa Yargısı* 19, no. 1 (2002): 188. Tamer Bozkurt ise her hakkın doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu kabul etmenin makul olduğunu belirtmekte, ancak bunun sınırının öznele değerlendirilmeye kalabileceğini, bunun da Anayasanın 13’üncü maddesini etkisiz bırakacak bir duruma yol açabileceği uyarısını yapmaktadır. Bozkurt, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı”, 150. Bu nedenle aslında bu sınırları savunmak yerine, yazar, nesnel ve somut ölçülerin gerekliliğine değinmektedir. Zira yasa kaydı öngörülmemiş hak ve özgürlüklerin sınırsız olduklarını kabul etmek, yazarın deyimiyle “hukuk duygularını” zedeleyecektir. Örneğin sözleşme özgürlüğünün sınırsız (Anayasa madde 48) olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20’nci maddelerinin Anayasaya aykırı olduğunu düşünmek dahi, sorunlara yol açacaktır. Bozkurt, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı”, 151. Bir yandan da yazar, Gözler’in Anayasanın 13’üncü maddesini yorumlama şeklinin yabana atılmayacağını, zira bu maddenin lafzının açık olduğunu belirtmektedir. Ancak tüm bunlardan sonra yazarın, çözüm olarak, sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkının, örneğin en azından “kamu yararı” amacıyla sınırlanabilmesi gerektiğini, böyle bir denetimin daha akılcı olacağı düşüncesine katılmamız mümkün değildir. Bizce “kamu yararı” kavramının içini

sınırlılıktan kaynaklanan sınırların nasıl belirleneceği ve uygulanacağı konusunda görüş birliği yoktur.

Türk anayasa hukuku doktrininde, sınırlama kaydı öngörülmemiş anayasal hakların tamamen sınırsız (ve tabii ki özel sınırlama sebepleri öngörülmüş bazı hakların da kısmen sınırsız) hale getirildiği görüşünün adeta temsilcisi diyebileceğimiz yazar, Kemal Gözler'dir³⁴⁰⁸. Gözler'e göre, 13'üncü maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasıyla, artık maddelerinde özel sınırlama sebebi öngörülmemiş kimi hak ve özgürlükler tamamen sınırsız hale gelecektir. Anayasada yer almayan isimsiz özgürlükler³⁴⁰⁹ ise (örneğin sigara içme özgürlüğü) artık sınırlandırılmayacaktır³⁴¹⁰. İlgili maddesinde özel bir sınırlama sebebi olarak öngörülmediği için seyahat özgürlüğü,

dolduracak hakim değerlendirmesi, hakkın niteliğinden kaynaklanan nesnel sınırlarını tespit edecek hakim değerlendirmesinden daha az öznel değildir. Bkz. Bozkurt, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Sorunsalı", 151. Hakyemez de hakkında sınırlama kaydı öngörülmemiş hak ve özgürlükler dahil, her özgürlüğün norm alanına bakılarak kendi yapısından kaynaklanan bazı sınırları, "özgürlüklerin objektif sınırları" nı kabul etmektedir. Hakyemez, "Objektif Sınır Kavramı", 19, 22-24.

³⁴⁰⁸ Bu konudaki iki temel görüşten biri için Gözler'e ve diğeri için öğretilerdeki diğer yazarlara atıf yapan Bozkurt, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Sorunsalı", 145.

³⁴⁰⁹ Sigara içme özgürlüğünün hukuki niteliğini tespit etmeye girişen Gözler, öncelikle özgürlük üzerinde durmakta ve özgürlüğü "serbest insan eylemi" olarak tanımlamaktadır. Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 35. "Ne kadar insan eylemi varsa, o kadar özgürlük vardır." Sigara içme özgürlüğü de bu "isimsiz özgürlük"lerden biridir. *Ibid.*, 36. Sorun, isimsiz özgürlüğün nasıl sınırlanacağı meselesidir. Gözler bu sorun için iki yöntem önermektedir. Bunlardan ilki Federal Alman hukukundan esinlenerek bulunmuştur. Anayasanın 17'nci maddesinde öngörülen "maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı", kapsayan özgürlük olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla Anayasanın diğer maddelerindeki herhangi bir özgürlük kuralının kapsamına girmeyen insan eylemi, bu kapsamda değerlendirilebilir. Başka bir ifadeyle, Anayasa madde 17/1 *lex generalis*, diğer özgürlüklerin öngörüldüğü maddeler ise *lex specialis*'tir. Sigara içme özgürlüğüne özgü anayasal bir madde olmadığından, bu eylem konusunda *lex generalis* uygulanmalı, yani bu eylem Anayasa madde 17/1'de düzenlenen "maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı"nın kapsamına dahil edilerek yorumlanmalıdır. Bundan sonra da, Anayasanın 13'üncü maddesi söz konusu eylemin sınırlandırılmasında uygulanabilir. *Ibid.*, 36-37. Gözler'e göre, Alman hukukundan esinlenen bu çözüm yerine, daha basit bir çözüm yöntemi olarak, Anayasanın 12'nci maddesine dayanılabilir. 12'nci maddenin birinci fıkrasında, sadece anayasada belirtilen hak ve hürriyetlerden değil, genel olarak hürriyetlerden bahsedilmiştir. Dolayısıyla belli bir anayasa maddesinde öngörülmemiş herhangi bir insan eylemi, 12'nci madde kapsamında temel özgürlük olabilir. Bu durumda, böyle bir insan eylemine yapılan sınırlama da temel hak ve özgürlüğe yapılan sınırlama ile eşdeğerdir. Bundan ötürü isimsiz özgürlüklerin sınırlanması Anayasanın 13'ncü maddesine tabi olacaktır. *Ibid.*, 38.

³⁴¹⁰ Fazıl Sağlam, evleviyet kuralından (*argumentum a fortiori*) yola çıkarak, isimsiz temel hak ve özgürlüklerin basit yasa kaydına bağlı sayılmaları gerektiği görüşündedir. Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", 295.

karantina ilan edilerek sınırlanamayacaktır³⁴¹¹. Gözler’in bu yorumu, katı bir pozitivist yaklaşımın sonucu olarak görülmekte ve sert bir şekilde eleştirilmektedir³⁴¹².

Gözler’in görüşünü ve doktrindeki hakim görüşü mercek altına almadan önce, ikinci bölümde yer verdiğimiz ve bizim de savunduğumuz görüşü ifade etmek istiyoruz: “Anayasal haklar kayıtsız olsa bile, sınırsız değildirler”. Bununla beraber, hakkın sınırlarını tespit etmek çok güçtür ve bunun için çok açık durumlar söz konusu olmalıdır. Bunun yansıması da bizim kapsam teorisini ele alırken ortaya koyduğumuz kriterlerdir. Bir hakkın başka bir hakkı araçsallaştırdığı yerde, artık o haktan bahsedilemeyeceğini açıklamıştık. Yine hakkın kötüye kullanımının, artık hakkın sınırını aşan bir noktayı oluşturduğunu ve çatışmadan kaynaklanan sınırlılık halini kabul ettiğimizi belirtmiştik.

1. Kemal Gözler’in Savunduğu Görüş

Gözler’in savunduğu görüşe dönersek; örnekleri saklı kalmak kaydıyla, teorik olarak baktığımızda yazarın söyledikleri doğrudur. Yasa koyucu sınırlama kaydı olmaksızın norm alanını daraltacak düzenlemeler yapamaz³⁴¹³. Ancak aşağıda göstereceğimiz üzere, bunun yine de bazı istisnaları vardır.

³⁴¹¹ Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, 64 vd.; Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, 351. Hatta yazara göre, artık Anayasanın 48’inci maddesini bağlayan genel sınırlandırma sebepleri olmadığı ve maddede özel sınırlama sebebi de öngörülmediği için herkes dilediği yerde ve alanda çalışabilecektir. Dolayısıyla uyuşturucu ticaretinin yasaklanması Anayasaya aykırı hale gelecektir. *Ibid.*, 348. vd

³⁴¹² Örneğin Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 254.

³⁴¹³ Örneğin Gözler, 2001 değişikliği sonrasında artık isteyen herkesin, istediği yerde kurban kesebileceğini belirtmiştir. Bu durumda, kurban bayramında yaya kaldırımında kurban kesen vatandaşlara, artık polislin veya zabitanın müdahale etme hakkı olmayacaktır; çünkü Anayasanın 24’üncü maddesi kapsamına giren ibadet özgürlüğünü bu bağlamda sınırlamak için bir sebep öngörülmemiştir. Kamu düzeni gibi bir genel sebep, artık Anayasada yer almadığına ve maddede de özel sınırlama sebebi olarak öngörülmediğine göre, trafiğin işlenmesine sebep olan bir kurban kesme eylemine bile müdahale edilemeyecektir. Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, 65. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Neden katılmadığımızı, Gözler’in verdiği örnek üzerinde biraz daha durarak açıklayalım. Gözler’in trafikte kurban kesme örneği, bize, Müller’in kavşakta resim yapma örneğini andırmaktadır. Müller’in nesnel sınırlılık teorisini, eylemin norm alanına özgürlüğü kriteri temelinde değerlendirseydik, kuşkusuz Müller’in, kavşakta resim yapmanın sanat özgürlüğü için spesifik bir eylem olmadığına tespiti gibi biz de kurban kesme eyleminin trafikte veya yaya kaldırımında yapılmasının ibadet hürriyetinin koruması altında olmayı hak eden spesifik bir bağlantı içermediğini söyleyecektik. Gerçekten de Fazıl Sağlam, nesnel sınırlılık teorisini kullanarak bu kullanım biçiminin koruma alanı dışında kaldığını savunmuştur. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, 294-296. Ancak resim örneğinde de ifade ettiğimiz gibi, bizce nesnel sınır hakkın kötüye kullanım yasağının başladığı yerdedir. Dolayısıyla trafikte kurban kesme eylemi hakkın kötüye kullanım kapsamında değerlendirilebilir. Yine belirttiğimiz gibi, hakkın kötüye kullanımına dair şüphenin olduğu yerde ise başkalarının anayasal haklarının çatışmasından kaynaklanan bir sınırlılık hali tartışılacaktır. Kişilerin seyahat etme

Öncelikle Gözler'in, hakkın kötüye kullanımı yasağını eşyanın tabiatından gelen bir sınır olarak kabul ettiğini tekrarlayalım. Demek ki yazarın sınırsız bir hak anlayışını kabul etmediği açıktır. Gerçi hakkın kötüye kullanılması halinde bir hakkın olmadığı ve dolayısıyla aslında bir sınırlılık halinin mevcut olmadığı iddia edilebilir. *Çatışmadan kaynaklanan sınırlılık* haline gelince; 2001 Anayasa değişikliği öncesindeki makalesinde yazar Anayasada özel sınırlandırma sebeplerinin varlığını gereksiz bulmakta ve bir özgürlük bir diğeriyle çatıştığı sürece bu özgürlüğün, sırf bu "çatışma sebebi" ile sınırlanabileceğini belirtmektedir³⁴¹⁴. Dolayısıyla yazar, "çatışmadan kaynaklanan sınırlılık" halini kabul etmiştir. Aşağıda çatışmadan doğan sınırlılık konusunda açıklamalar yapacağız. Ancak önce, Gözler'in de ele aldığı, Anayasanın 12'nci maddesi kapsamında konuyu ele almak istiyoruz.

a. Anayasanın 12'nci Maddesi Genel İçkin Sınır Kaydı mıdır?

Gözler, Türk Anayasasının 12'nci maddesinin ikinci fıkrasını bir içkin sınır (genel anayasal sınır) olarak görmektedir. Zira bu fıkrada belirtilen sınırlarla birlikte hak, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarıyla yüklü bir şekilde doğmaktadır³⁴¹⁵. Bir özgürlüğün Anayasanın 12'nci maddesinin ikinci fıkrasına tabi olduğunu söylemek, bu nedenle sınırlandırılması gerektiğini değil, söz konusu özgürlüğün zaten bu şekilde sınırlı doğmuş olduğunu söylemektir. Yasa koyucunun bu sınırı somutlaştırıcı düzenlemeleri, ancak açıklayıcı niteliktedir³⁴¹⁶.

Örneğin, aynı odada çalışan iki kişiden birinin sigarayı, diğerine karşı Anayasanın 12'nci maddesinin ikinci fıkrası nedeniyle sahip olduğu sorumluluktan dolayı içmemesi, genel anayasal sınırlılıktır ve yasa ile sınırlandırılmasına gerek yoktur³⁴¹⁷. Gözler'in yorumundan, bir anayasal hak ve özgürlüğün karşısında başkasının hakkının, içkin sınır

özgürlüğü ile ibadet özgürlüğünün çatışması hali gibi veya oradan geçen ambulansta yer alan bir kişi için sağlık hakkı ile ibadet hürriyetinin çatışması gibi.

³⁴¹⁴ Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 50-51 (dp. 29). Temel hakların sınırının, başka temel haklarla çizileceğini kabul eden Vural, bu düşüncenin "özgürlüklerin sınırının ancak başkaların özgürlükleri olduğu ve bu sınırı yasanın çizeceği" şeklinde anayasal hakların sınırlama rejimini düzenleyen 1924 Anayasasından beri, Türk anayasacılığına yabancı olmadığını vurgulamaktadır. Vural, "Anayasada Din Özgürlüğü", 267. Çok benzer bir ifadeyi, Gözler de kullanmaktadır. Yazara göre, (2001 değişikliği öncesi için yazarsak) 1982 Anayasası sınırsız bir özgürlük anlayışı benimsememiştir. "Diğer kişilere zarar verdiği ölçüde, bir özgürlüğün sınırlanması, Anayasamıza yabancı değildir." Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 51.

³⁴¹⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 327; Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 47-48.

³⁴¹⁶ Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 48.

³⁴¹⁷ *Ibid.*, 50.

olarak ortaya çıktığını görüyoruz. Tek fark yazar burada, Federal Alman Anayasasının 2’nci maddesinin birinci fıkrasındaki gibi, içkin sınır için Anayasamızın 12’nci maddesini pozitif bir dayanak olarak sunmaktadır.

2001 öncesi için değerlendirirsek sigara içme özgürlüğü, Anayasanın 13’üncü maddesi gereği “genel sağlık” gerekçesiyle birçok durumda sınırlandırılabilirdi. Ancak bu genel sebebin altına konulamayacak durumlar da söz konusu olabilir. Gözler’in verdiği, görevleri gereği aynı odada çalışmak zorunda olan iki kişiden birinin sigara içmek isterken, diğerinin sigara içmek istememesi örneğinden yola çıkalım. Böyle bir örnekte “genel sağlık” nedeni olarak kabul edilemezdi. Dolayısıyla Anayasanın 13’üncü maddesine göre sınırlandırılması mümkün olmayacaktı³⁴¹⁸.

Gözler, burada Anayasanın 12’nci maddesine başvurmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz açıklamalarıyla beraber ele alırsak, sigara içme özgürlüğü –oda örneğinde olduğu gibi- Anayasanın 12’nci maddesi gereği ayrıca yasa ile sınırlandırılmasına gerek kalmadan bizzat Anayasa tarafından sınırlandırılmış kabul edilmektedir³⁴¹⁹. Böyle bir durum sınırlandırmadan farklı olduğu için de (2001 Anayasa değişikliği öncesi için konuşursak) Anayasanın 13’üncü maddesindeki genel veya özel sınırlandırma sebeplerine uygunluk aranmayacaktır. Zira bu yönde bir düzenleme, yasa koyucunun sınırı tespit etmesi anlamına gelecek ve normda bir daraltma yaratmayan açıklayıcı bir işlem olacaktır³⁴²⁰. Çünkü “...sigara içme özgürlüğünün norm alanı, Anayasanın 12’nci maddesi’nin 2’nci fıkrası ile sınırlıdır”³⁴²¹. Ancak aşağıda göstereceğimiz üzere, yazarın bu konudaki görüşleri değişmiştir.

Gözler’in, Anayasamızda 2001 öncesi yer alan genel veya özel sınırlama sebeplerine bağlı olmaksızın dikkate aldığı Anayasanın 12’nci maddesinin, şimdi farklı yorumlanması için bir sebep var mıdır? Bizce hayır. Zira Anayasanın 12’nci maddesi olduğu gibi durmaktadır. Ancak belirtelim ki biz, bu maddeyi “atışmadan doğan sınırlılık” için dayanak yapmaktan yana değiliz. Üstelik bu konuda da yine Gözler’in görüşlerinden destek alacağız.

³⁴¹⁸ *Ibid.*, 49-50.

³⁴¹⁹ *Ibid.*, 50.

³⁴²⁰ *Ibid.*

³⁴²¹ *Ibid.*

Anayasanın 12’nci maddesinden yola çıkılarak ödev dayanan bir yorum, özünde hak ve özgürlükleri koruma amacı olan anayasacılık düşüncesiyle bağdaşmayacaktır. Özgürlüklerin değil, ödevlerin ön plana çıktığı bir anayasa, demokratik olmaktan uzaklaşacaktır³⁴²². Diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukların bu şekilde yorumlanması, “kişinin topluma” karşı ödev ve sorumluluklarının genel sağlık, kamu düzeni vs. gibi çok soyut ve aslında 2001 değişikliğiyle beraber kaldırılan “genel sınırlama kayıtları” olarak yorumlanmasını da beraberinde getirebilir³⁴²³.

Gözler de Anayasamızın 12’nci maddesindeki düzenleme hukuki olmaktan çok ahlaki bir ödev düzenlemesi olduğu görüşündedir. Bu hükümden hukuki yükümlülükler istihraç edilmesi çok zordur³⁴²⁴. Dolayısıyla yazarın ilk görüşünden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Öyle ki 2001 değişikliğinden sonra ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla Fazıl Sağlam tarafından ileri sürülen, Anayasanın 12’nci maddesine dayanılması görüşüne³⁴²⁵ karşı çıkan Gözler, bu maddenin genel bir sınırlama sebebi veya genel bir içkin sınır kaydı üretmeyeceğini açıkça belirtir³⁴²⁶.

b. Çatışmadan Kaynaklanan Sınırlılık

Şimdi, “çatışmadan kaynaklanan sınırlılık”ı biraz daha ayrıntılandırarak - Gözler’in ele aldığı ve Mehmet Sağlam’ın aksi bir yorumla değindiği- güzel bir örneğe yer verelim. Anayasanın 23’üncü maddesinde öngörülen seyahat özgürlüğünün, bu maddede özel sınırlama sebepleri olarak öngörülmüş olması nedeniyle, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda zaten bir tartışma yoktur. Ancak Gözler’e göre, 2001 değişikliğiyle Anayasada genel sınırlama nedenlerinin yer almamasından ötürü, seyahat

³⁴²² Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 81.

³⁴²³ Benzer şekilde bkz. *Ibid.*, 215.

³⁴²⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 80-81.

³⁴²⁵ Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, 294. Sağlam’a göre, gerek kişilik haklarına aykırı bir sözleşmenin gerekse de işçiyi, kadını veya çocuğu koruyucu hükümlere aykırı bir sözleşmenin geçersiz olmasının gerekçesi, bu sözleşmelerin içerik bakımından başka anayasal normlarla veya başkalarının temel haklarıyla (örneğin Anayasanın 12’nci maddesi, sosyal devlet ilkesi ve çalışma ile ilgili hükümleri ile) çatışma içerisinde olmasıdır. Bu nedenle bu hükümlerle çizilen sınır, aslında anayasal sınır kapsamında değerlendirilmelidir. Bundan ötürü, elbette ne özel nitelikli bir sınırlama nedenine ne de basit veya nitelikli bir yasa kaydına gerek vardır. *Ibid.*, 293. Gözler, Sağlam’ın bu argümantasyonunu yazarın 1982 yılındaki Temel Hakların Sınırlanması ve Özü eserine nazaran karışık, tutarsız ve belirsiz olmakla eleştirmektedir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 355. Bizim söyleyebileceğimiz ise Sağlam’ın ifadelerinin çok soyut ve, belki de kısa bir bildiri içerisinde sunulmaktan olsa gerek, belirsiz kaldığıdır.

³⁴²⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 361.

özgürlüğü artık genel sağlık sebebiyle, dolayısıyla bu kapsama girebilecek salgın hastalık nedeniyle sınırlandırılmayacaktır. Örneğin, salgın hastalığın yaygın olduğu bölgeye giriş-çıkışlar yasaklanamayacak, bölgede karantina uygulanamayacaktır. Zira böyle bir uygulama, Anayasanın 13'üncü maddesine aykırılık teşkil edecektir³⁴²⁷. Genel sağlık sebebiyle böyle bir sınırlamanın mümkün olmadığı hususuna biz de katılmakla beraber, başkalarının çatışan sağlık hakkının mevcudiyetinin, somut koşullar çerçevesinde spesifik olarak gösterilebildiği yerde, artık anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan bir sınırlamanın mümkün olacağını düşünüyoruz. Buna, aşağıda Covid-19 salgınına yönelik tedbirleri, çatışmalar bakımından ele alırken yeniden döneceğiz.

Ancak burada, şunu söyleyebiliriz ki anayasal hakların çatışması açısından baktığımızda, Gözler'in yorumunu, verdiği örnekleri haklı çıkaracak şekilde kabul etmemiz mümkün değildir. Zira Anayasanın 17'nci maddesinde yer alan herkesin yaşam, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve yine aynı maddeden çıkarılan sağlık hakkı ve ayrıca Anayasanın 56'ncı maddesinde yer alan herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, yukarıda tasvir ettiğimiz durumda karantina ilan edilmesiyle bölge dışında kalanlar için korunabilecektir. Salgın hastalığın olduğu bölgedeki bireylerin seyahat özgürlüğünün mevcudiyeti kadar, bu bölge dışında kalanların 17'nci ve 56'ncı maddelerde güvence altına alındığını belirttiğimiz hakları da mevcuttur.

Böyle bir olayda, haklar arasında çatışmanın olduğu aşikârdır: Karantina bölgesindeki insanların seyahat etme özgürlüğü ile bölge dışında kalanların maddi ve manevi varlıklarını koruyarak sağlıklı bir şekilde yaşama hakları arasında çatışma vardır. Burada, Anayasanın güvence altına aldığı ve devletin aynı anda icra etmekle yükümlü olduğu haklar söz konusudur. Çatışan bu haklar, pratik uyuşuma tabi tutulacaktır. Örneğimizde, pratik uyuşum ilkesiyle beraber seyahat özgürlüğü de sınırlamaya maruz kalacaktır. Bunun için Anayasada yer alan özel bir sınırlama sebebinin olup olmamasına

³⁴²⁷ Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri", 64-65

bakılmayacaktır. Böyle bir sınır, anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan anayasal sınırlılığın sonucudur³⁴²⁸.

Ele aldığımız anayasal hak ve özgürlüklerin çatışması perspektifini, Gözler'in bizzat kendisi, "özgürlüklerin çatışması kuramı"³⁴²⁹ olarak kendi çalışmasında ayrıntılarıyla açıklamıştır. Yazar, çatışan hak ve özgürlüklerin karşılıklı sınırlandırılarak ve kullanım imkanlarının birbirlerine göre düzenlenerek uzlaştırma yoluyla çözümlenmesini veya çatışmanın bu şekilde en aza indirilmesini önermiştir³⁴³⁰.

Gözler, hem sigara içme özgürlüğünün başka bir özgürlükle (örneğin otobüste olması nedeniyle seyahat özgürlüğü) karşı karşıya gelmesini, hem de öznelere farklı olacak şekilde aynı özgürlük olarak sigara içme ve içmeme özgürlüklerinin karşı karşıya gelmesini çatışma kuramı bağlamında ele almıştır³⁴³¹. Bu tür çatışma örneklerinde, sigara içme özgürlüğü, diğer hakların kullanmasını engellemekte veya zorlaştırmaktadır³⁴³². Yazar böyle bir kuram açısından çözüm yolu olarak, sınırlama sebebi içermeyen anayasal hakların sınırlaması ile çatışma arasındaki ilişkiyle bağlantılandırıdığımız, pratik uyuşumu bir seçenek olarak sunmaktadır³⁴³³. Örneğin, sigara içme özgürlüğü ile seyahat özgürlüğü çatıştığında, trenlerde sigara içenler için vagonlar ayrılabilir, sigara içenlere ve içmeyenlere ayrı otobüsler kaldırılabilir. Başka bir ifadeyle, sınırlama tek bir özgürlüğe değil, iki özgürlüğe de uygulanacaktır. Aynı zamanda böyle bir ihtimalde, her iki özgürlük de varlık ve etkilerini optimal düzeyde sürdürecektir³⁴³⁴.

³⁴²⁸ Örneğin burada seyahat özgürlüğü, pratik uyuşum ilkesi dahilinde salgın hastalık tehlikesi geçene kadar, yani belli bir zaman için sınırlandırılacaktır. Sağlam, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", 262 (dp. 57).

³⁴²⁹ Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 39.

³⁴³⁰ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 258.

³⁴³¹ Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü", 39 vd.

³⁴³² *Ibid.*, 40.

³⁴³³ *Ibid.*, 42 vd. Kapalı alanda "sigara içme özgürlüğü ile diğer bir özgürlük çatıştığında, öyle bir çözüm yolu bulunmalıdır ki, gerek sigara içme özgürlüğü gerek diğer özgürlük varlık ve etkilerini optimal düzeyde koruyabilsinler." *Ibid.*, 42.

³⁴³⁴ *Ibid.* Gözler 3 Ocak 2008 tarih ve 5727 sayılı Kanunla değiştirilen 7 Kasım 1996 tarih ve 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunun 2'nci maddesinin ilk şeklini ele almıştır. Bu haliyle sigara içme özgürlüğü, bir yandan belli yerlerde sınırlandırılmış (fıkra 1), öte yandan sigara içenler için belli yerlerin tahsisi öngörülmüştür. Dolayısıyla sigara içme ve içmeme özgürlükleri uzlaştırılmaya çalışılmıştır. Böylece hem sigara içenlerin hem de içmeyenlerin haklarının, varlık ve etkileri optimal düzeyde sürdürülerek korunmuş olacaktır. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 259.

Dolayısıyla Gözler'in, yalnızca 2001 değişikliği öncesi için ifade ettiği görüşlerine katılabilmekteyiz³⁴³⁵. Ancak biz yine de yazarın, esasen çatışmadan kaynaklanan sınırlamayı kabul ettiğini düşünüyoruz. Yazarın, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların tamamen sınırsız kalacağı görüşünde tam bir tutarlılık içinde olduğu söylenemez. Yazarın görüşlerine, aşağıda Anayasa Mahkemesinin kefalet sözleşmesine dair ilgili kararını değerlendirirken yeniden döneceğiz.

2. Hakim Görüş

Doktrindeki hakim görüş, sınırlama ve sınırlılık arasındaki farktan yola çıkarak, çatışma olarak gösterilebilecek durumlarda aslında bir “sınırlama”nın değil, “sınırlılık”ın olduğu gerekçesiyle, konuya farklı yaklaşmaktadırlar. Bizce, esas sorun, “sınırlama” ile “sınırlılık” arasındaki farkın, uygulamada net olarak ortaya konmamasından kaynaklanır. Biz çalışmamızın ikinci bölümünde, bu ikisi arasındaki farkı teorik olarak açıklamıştık. Çatışmadan kaynaklanan “sınırlılık” halini içkin sınır kabul etsek de, bu sınırın nereden geçtiği belli olmadığı için sınırlama olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Sınırlama kaydı içermeyen hakların dahi çatışmadan dolayı sınırlandırılabilirliğini ve bu noktada, kural olarak yasal dayanak aramak gerektiğini, FAYM'nin çatışma çözüm teorisini ele alırken ortaya koymuştuk.

Doktrindeki hakim görüşü yansıtan Sağlam'ın görüşüne göre, çatışmadan doğan sınırlılık Anayasanın bütünlüğünden kaynaklanır ve herhangi bir yasa kaydından bağımsızdır. Böylece, yasa kaydı içermeyen birçok anayasal hakkın sınırlandırılması sorununa ışık tutmaktadır³⁴³⁶. Norm alanını daraltan her yasal düzenlemenin yasa kaydına dayanması gerektiğini belirten Sağlam'a göre,

“bunun ötesinde bir sınırlama, ancak bir temel hakkın başka bir temel hakla ya da anayasal normla çatışması halinde, çatışan Anayasa normlarının optimal etkisini koruma amacına yönelik ‘pratik uy(u)şum’ ilkesinin uygulanmasıyla, anayasal sınır şeklinde ortaya çıkabilir”.

Hakkında herhangi bir sınırlama nedeninin öngörülmemiş olması halinde düşünce özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında ortaya çıkan bir çatışma sonucu, hakaret oluşturan

³⁴³⁵ Fazıl Sağlam da kamuya açık yerlerde sigara içilmesi yasağı sorununun, sigara içme özgürlüğü ile - başta herkesin “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” olmak üzere- başkalarının hak ve özgürlükleri arasında yapılacak bir pratik uyumuyla aşılabileceği görüşündedir. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, 295.

³⁴³⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 137.

düşünce açıklamalarının sınırlandırılarak ceza yaptırımına bağlanması, böyle bir örnektir³⁴³⁷. Seyahat özgürlüğünün, başkalarının sağlığı nedeniyle karantina ilan edilen yerlerde kısıtlanması bir başka örnektir³⁴³⁸. Örneğin, basın özgürlüğünde “kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü önlemek” şeklindeki yasa kaydı daha geniş bir sınırlama olanağı sağlarken; yasa kaydı ve sınırlama sebebi öngörülmemiş düşünce özgürlüğü açısından yasa koyucu, pratik uyumun gerektirdiği sınırları aşamayacak ve dar bir sınırlılık oluşturabilecektir³⁴³⁹.

3. Değerlendirmemiz

Biz, çatışan haklardan kaynaklanan sınırlılık halinin yasa kaydına gerek olmayan açıklayıcı bir durum olduğu hususuna katılmıyoruz. Bu konuyu, FAYM'nin çatışma çözüm modeli nasıl işler ana başlığı altında, başkalarının çatışan haklarının hukuki niteliğini değerlendirirken ortaya koyduk. Her ne kadar çatışmadan kaynaklanan bir “sınırlılık” halinden bahsedilse de, aslında nereden geçtiği belli olmayan bir “oynak” sınırla, başka bir ifadeyle, norm alanının daraltılması anlamına gelen sınırlama haliyle karşı karşıyayız. Sınırlamadan ziyade, sınırdan bahsedebileceğimiz istisnai durumları ise kapsam teorilerini değerlendirirken ortaya koyduk. Bizce burada kabul edilmesi gereken durum, çatışmadan da kaynaklansa norm alanında bir daralma olduğu ve bu nedenle de muhakkak yasa kaydına ihtiyaç duyulduğudur.

Kaldı ki yukarıdaki örneklerdeki düzenlemelerin ortak noktası, anayasal hakların çatışmasının özel hukuka etkisi ile ilişkisi kısmında açıkladığımız, devletin çatışan haklara dair yükümlülüklerini yerine getirmelerine yönelik olmalarıdır. Devletin pozitif yükümlülüğünün sonucunda ortaya çıkan devlet müdahalesinin, bir başka hakkın sınırlamasına yol açacağını ve bu yükümlülüğün ilk muhatabının yasama olduğunu belirtmiştik. Yasa koyucunun, ifade özgürlüğü ile çatışacağını öngördüğü için başkalarının kişilik haklarını, ifade özgürlüğü için bir *sınırlama nedeni* olarak

³⁴³⁷ *Ibid.*

³⁴³⁸ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 265. Fazıl Sağlam “genel sağlığın korunması” gibi bir sınırlama kaydı içermeyen seyahat ve yerleşme özgürlüğüne rağmen, salgın hastalık durumunda karantinanın nesnel sınırlılık ölçütüne göre Anayasaya uygun olduğu görüşündedir. Zira salgın hastalık tehlikesi altında bir seyahat veya yerleşim bu özgürlüğün norm alanı ile özgül bir bağlantı içermemekte, yalnızca arizi ve tesadüfi bir bağlantı içinde kalmaktadır. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, 294. Biz nesnel sınırlılık teorisini ve bu spesifik bağlantı kriterini benimsemediğimizi ifade etmiştik. Dolayısıyla Sağlam'ın gerekçelendirmesine katılmamaktayız.

³⁴³⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 137.

düzenlemesi, böyle bir yükümlülüğün örneğidir. Belirttiğimiz gibi, yasa koyucunun buna uygun davranmadığı durumda, önüne gelen uyuşmazlığı çözmekle yükümlü mahkemeler, bu yükümlülüğünün gereğini yerine getireceklerdir. Elbette Oder'in de ifade ettiği gibi bu konuda titiz bir yaklaşım gerekir:

“Bu tür temel hak ve özgürlüklerde, çatışmaların çözümü hakkın belirli kullanım biçimleri ile sınırlı olup, yasa koyucu ya da yargıca özel sınırlama nedeni içeren hak ve özgürlüklerde olduğu gibi önceden sınırlama izni vermez. O nedenle, özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak uyumlaştırma istisnadır ve uyumlaştırma zorunluluğunda yasa koyucunun “sıkı denetimi” (“*strict scrutiny*”) asıl olmalıdır”³⁴⁴⁰.

Bu açıklama, söz konusu olanın, özünde bir sınırlama işlemi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu tür durumların sınırlılık oluşturduğu ve açıklayıcı işlem olduklarına dair görüşleri, yukarıda “Birinci görüş: Koruma alanı sınırı olarak başkalarının hakları” başlığı altında ele almış ve neden kabul etmeyeceğimizi, ayrıntılarıyla açıklamıştık. Bu nedenle daha fazla detaya girmek istemiyoruz.

4. Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu

Türk Anayasa Mahkemesi'nin 2001 Anayasa değişikliği ile ilgili tutumuna değinmemiz gerekirse, Oder'in belirttiği gibi, Mahkeme, yeterli yönetsel araç bulamama endişesinden olsa gerek, farklı tutumlar sergilemiştir. Bir dönem Mahkeme, “özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerin sınırlanamazlığı” tezini savunmuştur³⁴⁴¹. Ancak sonrasında Mahkemenin, sınırsız bir temel hak ve özgürlük anlayışını reddettiğini görmekteyiz.

Diğer argümanlarının yanı sıra, bizim çalışmamız açısından Mahkemenin önemli olan argümanı, düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedeni içermeyen anayasal hakların, diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılmasını kabul etmesidir³⁴⁴². Aşağıda bunun ayrıntılarına, özellikle bireysel başvuru kararları ile beraber değineceğiz.

³⁴⁴⁰ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 131.

³⁴⁴¹ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 56. Örneğin Mahkeme, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 163/4'üncü maddesindeki düzenlemeyi hak arama özgürlüğünün (Ay. madde 36) sınırlama sebebi içermeyişi gerekçesiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 20 Mart 2002 tarihli E. 2000/48, K. 2002/36 sayılı Karar, RG, 01.06.2002, 24772. Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 135. Mahkemenin bu tezi savunduğu diğer kararlar için bkz. *Ibid.*, 136 vd.

³⁴⁴² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 356.

Ancak kabul etmemiz gerekir ki Gözler'in vurguladığı üzere, eğer Mahkemenin bu argümanı ile kastedilen, hak ve özgürlüklerin çatışmasından kaynaklanan bir sınırlandırma ise³⁴⁴³, ki öyle görünüyor, ortada bu argümanın altının da doldurulmasını gerektiren, pozitif hukuk açısından tartışmaya değer bir sorun vardır³⁴⁴⁴. Bunu da Mahkeme kararlarına değinirken tartışacağız. Burada yazdıklarımızın somutlaşması için bir örneğe bakmakta yarar vardır.

Anayasa Mahkemesi, 26 Aralık 2013 tarih ve E.2013/57, K.2013/162 sayılı kararıyla 6098 sayılı Borçlar Kanununun 584'üncü maddesindeki “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir” hükmünün, anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁴⁴⁵. Peki, bu hükmün Anayasaya aykırılığı neden ileri sürülmüştür?

Bu hükümde yer alan kefil olma işleminin bir sözleşme ile yapıldığını ve kefalet sözleşmesinin Anayasanın 48'inci maddesinde güvence altına alınan sözleşme hürriyeti kapsamına girdiğini değerlendirdiğimizde- kefalet sözleşmesinin, eşin yazılı rızası gibi bir şartla sınırlanmamaması gerekir. Ancak kefalet sözleşmesi, Anayasanın 41'inci maddesinde güvence altına alınan “ailenin korunması”na da etki etmektedir. Dolayısıyla Gözler'in de ifade ettiği gibi bu olay “sözleşme hürriyeti” (madde 48) ile “ailenin huzur ve refah hakkı” (madde 41/2) olmak üzere “iki anayasal hak veya hürriyetin çatışmasına güzel bir örnektir”³⁴⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi, bu iki hüküm arasındaki çatışmayı çözmeye dair yasa koyucunun yaptığı düzenlemeyi (çatışma kelimesini kullanmadan) değerlendirmiştir. Mahkemeye göre,

“itiraz konusu fıkra ve ibare, aile birliğinin ve bu birliğin huzurlu ve mutlu devam etmesini sağlamak üzere düzenlenen sınırlayıcı ancak aynı zamanda koruyucu

³⁴⁴³ Kararlarından da anlayacağımız üzere, Mahkemenin esasen kastettiği budur. Aynı yönde bkz. Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 56.

³⁴⁴⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 356.

³⁴⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 26 Aralık 2013 tarih ve E.2013/57, K.2013/162 sayılı Kararı, RG, 12.12.2014, 29203.

³⁴⁴⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 265. Bir parantez açarak belirtelim ki biz, burada kurum olarak aileyi toplumun temeli olarak korunmaya layık anlamında değil, ailenin diğer bireyinin anayasal hakkının (aile hayatının korunması hakkı) korunması anlamında değerlendiriyoruz.

hükümlerdir. Bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacı öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunmasıdır”.

Burada dikkat çekmek istediğimiz iki husus vardır. Birincisi, sınırlama kaydı içermeden güvence altına alınmış bir anayasal hakkın, anayasada öngörülmüş başka bir anayasal norm nedeniyle sınırlandırılması. İkincisi, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere bunun koruyucu bir düzenleme olmasının yanında, aslında “sınırlayıcı” bir düzenleme olması. Burada bir sınırlılıktan ziyade, çok açık şekilde kişinin sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasından söz edilebilir.

Gözler’e göre, uzlaştırma yoluyla çatışmayı çözmeye dair pratik uyuşum ilkesi, yetkili organ olarak anayasa mahkemelerine değil, ancak yasa koyucuya yol göstermektedir³⁴⁴⁷. Bu durumda ise Anayasa Mahkemesi, “açık takdir hatası” olmadığı sürece yasa koyucunun yaptığı düzenlemeyi, pratik uyuşum ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edemez. Çünkü burada yasa koyucunun yaptığı uzlaştırma veya uyuşum teknik bir mesele, yani bir yerindelik sorunudur³⁴⁴⁸. Sorun, çatışmanın çözülmesine dair tamamen teknik bir mesele olan çatışan hak ve özgürlükleri uzlaştırmanın mümkün olup olmadığının ve eğer mümkünse, her ikisinin varlık ve etkilerini optimal düzeyde sürdürebilecekleri formülün belirlenmesinde yatmaktadır. Bunlar hukuki değil, yerindelik sorunu oluşturdukları için, yasama organının takdir yetkisi vardır ve yargı, bunlar hakkında karar veremez³⁴⁴⁹. Biz her ne kadar “yerindelik” kavramını kullanmazsak da dengelemede asıl rolün yasama organına düştüğünü, ancak istisnai durumlarda koruma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle, yargısal dengelemenin yasamanın yerini alabileceğini belirtmiştik³⁴⁵⁰. Bu nedenle, kural olarak, Gözler’in açıklamalarına katıldığımızı belirtmekle yetinelim³⁴⁵¹.

³⁴⁴⁷ *Ibid.*, 259.

³⁴⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁴⁹ Gözler örneğinin, bir yerleşim yerine baz istasyonu kurulduğunda, bunun mesafesini belirlemenin, mahkemenin değil, yasama organlarının yetkisinde olacağını belirtmektedir. *Ibid.*, 260.

³⁴⁵⁰ Bkz. “İçkin sınırların belirlenmesinde yetki sorunu” başlığı altında “Yasama” ve “Anayasa yargısının meşruluğu” başlıkları.

³⁴⁵¹ Gözler’in savduğunun aksine, pratik uyuşum yalnızca yasama organı tarafından yapılmaz. Anayasal hakların özel hukuka etkisini incelerken, çatışan anayasal haklar arasında asıl uzlaştırmanın yasa koyucunun görevi olduğunu, ancak bu uzlaştırma için dikkat edilmesi gereken unsurlar olduğunu belirtmiştik. Yasamanın bunu yapamadığı durumda, yargı devreye girebilecektir. Bu nedenle, uygulamaya yönelik uyumlaştırma, somut davanın özelinde yorum yapılmasıyla sağlanabilecektir. Paulus, “Anayasanın Yorumlanması”, 31. Bir çatışma durumunda, içkin sınırların ne ölçüde somutlaştırıldığı ve üçüncü şahısların çatışan haklarının dikkate alınma ölçüsü soyut olarak

Gördüğümüz kadarıyla Gözler, hakkında bir sınırlama sebebi öngörülmemiş bir anayasal hakkın, başka bir hakla çatışması nedeniyle sınırlandırılmasına karşı çıkmamaktadır. Yazarın yalnızca bunu yapmaya yetkili organ noktasında itirazları vardır³⁴⁵². Bu kararda yazar, Anayasa Mahkemesinin, yasama organının çatışmayı çözüm yöntemini kendince tartışıp değerlendirmiş olmasına karşı çıkmaktadır. Mahkemenin, “bunlar arasında tercih yapmak yetkisinin yasama organına ait olduğunu belirtip, daha fazla içeriğe ilişkin bir inceleme ve değerlendirme yapmaksızın doğrudan doğruya ret kararı vermesi gerekirdi”³⁴⁵³.

Son olarak yukarıdaki paragrafla bağlantılı olarak, nesnel ve anayasal sınırlılığın belirlenmesinde, Anayasanın 13’üncü maddesindeki sınırlama yetkisinin sınırlarına dair tartışmaya bakalım. 13’üncü maddedeki sınırlamanın sınırları, “temel hakların koruma alanının da sınırlandırılabilmesine olanak tanıyan özel sınırlama nedenleri ile basit yasa kayıtlı sınırlandırmalar” için geçerlidir³⁴⁵⁴. Eğer sınırlılık halinin norm daraltan, kurucu bir işlem (sınırlama) değil, normun zaten anayasal sınırlılığını ortaya koyan açıklayıcı bir işlem olduğunu kabul ediyorsak, o halde Anayasanın 13’üncü maddesine başvurmayacağımız aşikardır. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz gibi karşılaştığımız, esasen sınırlamadır. Gözler de 13’üncü maddedeki değişiklik sonrası, bazı sınırsız anayasal hakları sınırlandıran yasal düzenlemelerin “sınırlılık” değil, “sınırlama” hali olduğuna dikkat çekmektedir. Sınırlama kabul edildiğinde ise 13’üncü maddenin şartlarının uygulanması gerekmektedir³⁴⁵⁵.

Aşağıda göreceğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi anayasal hakların sınırsız olarak korunmasını kabul etmemektedir. Anayasadaki düzenlemede sınırlama sebebi öngörülmemiş olsa bile, hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının olduğunu kabul etmektedir. Herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsa bile, Anayasanın diğer

kararlaştırılmaz, ancak ilgili çatışma durumunun koşulları çerçevesinde kararlaştırılabilir. Blaesing, “Grundrechtskollisionen”, 103. Özellikle bir tarafta sınırlama kaydı içermeyen anayasal hak çatışmalarında, somut olayın koşulları dikkate alınarak, hak ve özgürlüklerin kullanım biçimleri ile sınırlı olmak şartıyla, uyumlaştırılmanın sağlanması gerekir. Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 130; Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 55. Bu konuyu, çalışmamızın ikinci bölümünde, “yargı başlığı altında” ayrıntılarıyla ele almıştık.

³⁴⁵² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 259.

³⁴⁵³ *Ibid.*, 265-266.

³⁴⁵⁴ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, 265.

³⁴⁵⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 355.

maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakkın sınırlandırılması mümkündür. Bu noktada ise Anayasanın 13'üncü maddesindeki güvenceler devreye girmektedir.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARINDAKİ TUTUMU

Aşağıda, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal hak çatışmalarını nasıl ele aldığını ve çözüm için nelere dikkat ettiğini ele alacağız. Çalışmanın bundan önceki kısmında anlatılanlar ile Anayasa Mahkemesi kararlarının ne kadar uyduğu, kısmen değerlendirmesini yapacağız. Bu kapsamda cevabını arayacağımız sorular şunlar olacak: Mahkeme, gerek olayın ortaya konmasında, gerek çatışma çözümünde hangi kavramlara başvurmuştur? Özellikle sınırsız hakların sınırlandırılmasını, anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde nasıl yorumlamaktadır? Mahkemenin benimsediği içkin sınırlar var mıdır? Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüğünden ne anlamakta ve neleri bu kapsamda değerlendirmektedir? Çatışma çözümü için Mahkeme, adil dengeleme ve uzlaşmayı nasıl ele almaktadır?

Bu soruların yanıtlarını, Mahkemenin bireysel başvuru kararlarında arayacağız. Bireysel başvuru kararlarında sık karşılaştığımız çatışma halleri, genel olarak ortaya çıkma olasılığı yüksek olan anayasal hak çatışmalarından oluşmaktadır. En yaygın karşılaştığımız çatışma halleri; kişinin şeref ve haysiyetinin korunması başta olmak üzere kişilik hakları ve özel yaşama saygı hakkı ile düşünce özgürlüğü ve basın özgürlüğü arasındaki çatışmalardır³⁴⁵⁶. Bununla bağlantılı olarak, daha geniş bağlamda, ifade özgürlüğü ile diğer anayasal haklar arasında da çatışmalara rastlamak çok olağandır. Keza iş hukukuna ilişkin mevzuat üzerinden gündeme gelen, işçi ile işverenin -çalışma hakkı ve sözleşme özgürlükleri bağlamında- anayasal hakların çatışması, çatışan hakların dengelenmesi açısından, hak ve özgürlük yorumunda önemli örnekler sunmaktadır³⁴⁵⁷. Mahkemenin adil bir dengeyi kurup kurulmadığını değerlendirirken göz önünde tuttuğu kimi hususları, iş hukuku çerçevesindeki sorunları ele aldığı bireysel başvuru kararları çerçevesinde de inceleyeceğiz. Anayasa Mahkemesinin hatırı sayılır derecede

³⁴⁵⁶ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 65.

³⁴⁵⁷ Oder, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 154. Mahkemenin esnek çalışma rejiminin yol açtığı hak ve özgürlük çatışmalarına dair genel tutumu için bkz. *Ibid.*, 155-157.

uğraştığı ve bizim de kısmen değineceğimiz bir diğer çatışma türü ise mülkiyet hakları arasındaki çatışmalardır.

Anayasa Mahkemesinin kullandığı kavramlara kısaca değinmekle başlayalım.

1. Kavramlar

Aşağıda karşılaşacağımız üzere, Mahkeme sıkça “çatışan haklar”dan, menfaatlerin çatışmasından, “çıkarlar arasında adil bir dengenin kurulmasından” ve “çatışan haklar arasında dengeleme”den bahsetmektedir (*Sinem Hun*, para. 45³⁴⁵⁸; *Kemal Gözler*³⁴⁵⁹, para. 48).

Mahkeme, “çatışan haklar” kavramının yanında, “yarışan haklar” kavramını da kullanabilmektedir (*Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Tic Ltd. Şti.*, para. 37³⁴⁶⁰). Yargılama makamlarının tarafların çatışan hakları arasında tercih yaparken Anayasaya uygun yorumla hakları koruması gerektiğini ifade eden Mahkeme, aynı cümle içerisinde “yarışan haklar arasında hakkaniyete uygun bir dengelemenin yapılması” gerekliliğini ileri sürmektedir (*Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Tic Ltd. Şti.*, para. 40, 48). Davaya konu olay, başvuruçuların kalker ocağı ile kırma tesisi için verilen maden işletme ruhsatı gereği mülkünden barışçıl biçimde yararlanma hakkı ile davacıların kendi tarım arazileri ve meralarından verimli biçimde yararlanma ve temiz bir çevrede yaşama haklarının çatışmasıdır. Bu nedenle Türk hukukunda bambaşka bir anlam ifade eden “yarışma” kavramının kullanılması ancak karışıklığa yol açacaktır.

Mahkeme kimi kararlarında “yarar” ve “zarar” diline başvurmaktadır. Ancak, Mahkemenin adeta matematiksel bir tartım yaptığını ileri sürece kadar keskin değerler veya ölçütler kullandığını söyleyemeyiz. İş hukuku davalarına ilişkin başvurularda göreceğimiz üzere işverenin ve işçinin yararından³⁴⁶¹ bahsetmektedir. Korunan menfaate karşılık daha büyük bir zararın doğması halinde, ilgili hakkın ihlaline karar vermektedir

³⁴⁵⁸ AYM, *Sinem Hun*, B. No. 2013/5356, 8/5/2014. Başvuruya konu iddia, başvuruçunun ulusal düzeyde yayın yapan internet haber sitesindeki, kendisine ilişkin ayrımcı ve nefrete dayalı hakaret içeren haberler nedeniyle kişilik hakkına saldırıldığı şeklindedir. Bu konuda Devlet etkili soruşturma yapmayı failleri cezasız bıraktığı için başvuruda bulunulmuştur. Bu kararda, kişilik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü çatışmaktadır. (*Sinem Hun*, para. 45).

³⁴⁵⁹ AYM, *Kemal Gözler*, B. No. 2014/5232, 19/4/2018.

³⁴⁶⁰ Vurgu bize aittir.

³⁴⁶¹ Vurgu bize aittir.

(*Kemal Gözler*, para. 68). İlgili hakka yapılan müdahalenin *daha ağır basan*³⁴⁶² bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediğine de dikkat edebilmektedir (*Kemal Gözler*, para. 73).

2. Anayasanın Bütünlüğü İlkesi ve İçkin Sınırlar

Anayasa Mahkemesi 2013 yılındaki *Sevim Akat Eşki* kararından³⁴⁶³ beri³⁴⁶⁴, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel ilkeleri yani anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir (*Sevim Akat Eşki*, para. 35; aynı karara atıfla *Neşe Aslanbay Akbıyık*³⁴⁶⁵, para. 34)³⁴⁶⁶. İlginç olan, Mahkemenin bu ilkeyi yalnızca Anayasa açısından değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümleri ve AİHM içtihatları açısından da belirtmesidir. Mahkeme bunları bir bütün halinde değerlendirmekten yanadır³⁴⁶⁷.

“Bütün temel hakların birbirleriyle ve diğer anayasal ilkelerle birlikte yorumlanması ve sınırlandırma ilişkisi içerisinde kavranması” zorunluluğu, önemli bir yorum kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır (*Esra Nur Özbey*³⁴⁶⁸, para. 70). Anayasanın bütünlüğü ilkesi, özellikle hakkın sınırlandırılma rejimi ve imkanı konusunda önemlidir (*Sevim Akat Eşki*, para. 35; *Veysel Kaplan*, para. 38³⁴⁶⁹). Mahkeme, hakkın norm alanını belirlerken ve sınırlamanın sınırına ilişkin güvenceleri dikkate alırken, bu ilkeye başvurarak çatışan hakları uyumlaştırmaktadır³⁴⁷⁰.

³⁴⁶² Vurgu bize aittir.

³⁴⁶³ AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No. 2013/2187, 19/12/2013. Başvuruya konu olayın, çalışmamızın konusunu oluşturan anayasal hakların çatışması örneği olduğu söylenemez. Ancak karar, temel çerçevenin ortaya konması açısından karar önemlidir. Başvuru, evli kadının Türk Medeni Kanunu madde 187 gereği evlilik öncesi soyadını tek başına kullanamaması nedeniyle cinsel ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla yapılmıştır. Zira bu imkan erkekler için tanınmışken kadınlar için söz konusu değildir. Ayrıca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının yerine getirilmediği iddiasını da içeren bu başvuruyu AYM yalnızca Anayasanın 17’nci maddesi kapsamında, isim hakkı çerçevesinde ele almıştır (*Sevim Akat Eşki*, para. 23-24).

³⁴⁶⁴ Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri”, 282.

³⁴⁶⁵ AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No. 2014/5836, 16/4/2015.

³⁴⁶⁶ Mahkemenin anayasal haklar (şeref ve itibarının korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü) arasında hiyerarşiyi kabul etmeyip, bunların kural olarak eşit seviyede saygı hak ettiklerini, AİHM kararına atıfta bulunarak belirtmesi bize ilginç geldi (*Sinem Hun*, para. 45).

³⁴⁶⁷ Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri”, 281.

³⁴⁶⁸ AYM, *Esra Nur Özbey*, B. No. 2013/7443, 20/5/2015.

³⁴⁶⁹ AYM, *Veysel Kaplan*, B. No. 2015/9192, 2/12/2015.

³⁴⁷⁰ Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri”, 281.

Sevim Akat Ekşi başvurusunda Anayasa Mahkemesi, herhangi bir sınırlama hükmü öngörülmemiş anayasa maddeleri hakkında önemli ifadelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı (Anayasa madde 17) için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla beraber, hakkın hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da *doğasından kaynaklanan bazı sınırları*³⁴⁷¹ bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, *Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak*³⁴⁷² bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Mahkeme bu noktada, Anayasanın 13'üncü maddesindeki sınırlama sınırlarının da geçerli olduğunu vurgulamaktadır (*Sevim Akat Ekşi*, para. 33; *Neşe Aslanbay Akbıyık*³⁴⁷³, para. 32)³⁴⁷⁴.

Anayasanın 13'üncü maddesi, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahiptir. Bu madde Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilirliğini ortaya koyar (*Sevim Akat Ekşi*, para. 35). Öyleyse Mahkeme bunu bir sınırlılık hali olarak değil, sınırlandırma olarak değerlendirmektedir.

Bir başka kararda Mahkeme, Anayasanın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkının³⁴⁷⁵, din ve vicdan özgürlüğüne *doğal sınırlar*³⁴⁷⁶ oluşturduğunu belirtmektedir (*Esra Nur Özbey*, para. 73). Mahkeme hakkın doğasından kaynaklanan sınırların ne olduğunu, bu sınırların nasıl ve kim tarafından belirlendiğini ve temelini açıklamamaktadır. Bu durumda hakkın doğasından kaynaklanan sınır görüşü, zayıf ve tehlikeli bir tez olarak kalmaktadır³⁴⁷⁷.

³⁴⁷¹ Vurgu bize aittir.

³⁴⁷² Vurgu bize aittir.

³⁴⁷³ AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık*.

³⁴⁷⁴ Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 7 Eylül 2016 tarihli ve E. 2015/102, K. 2016/151 Sayılı Kararı, RG, 18.10.2016, 29861.

³⁴⁷⁵ Karara konu olayda kişinin dini inancı gereği giydiği pardesünün güvenlik taraması sebebiyle çıkartmaya zorlanması, kamu güvenliği amacıyla ve suçların önlenmesi için yapılan çalışmaların bir parçası olarak değerlendirilip, buradan Anayasa madde 17'nin kapsamına gidilmiştir (*Esra Nur Özbey*, para. 73).

³⁴⁷⁶ Vurgu bize aittir.

³⁴⁷⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 356.

Anayasa Mahkemesi 14'üncü maddenin ikinci cümlesindeki ifadenin³⁴⁷⁸ anayasal hakların Anayasanın bütünlüğü içerisinde ele alınmasına ilişkin önemli bir yorum kuralı getirdiğini ifade eden (*Esra Nur Özbey*, 70). Mahkemeye göre,

“... ‘temel hak ve hürriyetlerin... Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması’ biçimindeki ifade, din ve vicdan özgürlüğü de dahil olmak üzere bütün temel hakların birbirleriyle ve diğer anayasal ilkelerle birlikte yorumlanması ve sınırlandırma ilişkisi içerisinde kavranması zorunluluğunu doğurmaktadır” (*Esra Nur Özbey*, 70, ayrıca para. 72)³⁴⁷⁹.

Anayasanın bütün normları, aynı etki ve değere sahiptir. Anayasa normları arasında bir üstünlük sıralaması olmadığı için, bunlardan birine öncelik de tanınmaz³⁴⁸⁰. Ancak kimi zaman anayasa kuralından biri, diğerine zorunlu olarak sınır oluşturabilecektir³⁴⁸¹. Sınırlama sebebi içermeyen anayasal hakların, Anayasanın diğer maddelerine dayanarak sınırlandırılması mümkün olabilir³⁴⁸² (*Esra Nur Özbey*, para. 71).

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 26'ncı maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını ifade etmiştir. Anayasanın 12'nci maddesine değinen Mahkeme, “temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” ifadesinin, temel hak ve hürriyetlerini kullanırken kişilerin ödev ve sorumluluklarına gönderme yaptığını belirtmektedir. Anayasanın 26'ncı “maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına herkes için geçerli olan bazı ‘görev ve sorumluluklar’ getirmektedir” (*Kemal Gözler*, para. 46). Dolayısıyla Mahkeme adını anmasa da 12'nci maddeye dayanarak bir “içkin sınır” geliştirmiş durumdadır. Bu durumun yerinde olmayacağını yukarıda detaylı şekilde açıkladık.

³⁴⁷⁸ “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”. Anayasanın 24'üncü maddesinde, Anayasanın 14'üncü maddesine atıf vardır.

³⁴⁷⁹ Anayasa madde 24'te güvence altına alınmış din özgürlüğünün sınırlamayacak olmakla beraber, anayasal sınırlılık hükümlerine tabi olduğuna dair bkz. Vural, “Anayasada Din Özgürlüğü”, 258, 264.

³⁴⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, 26 Aralık 2013 tarih ve E. 2013/57, K. 2013/162 sayılı karar ve Anayasa Mahkemesi, 28 Mart 2018 tarihli ve E. 2017/120, K. 2018/33 sayılı Kararı, RG, 20.04. 2018, 30397.

³⁴⁸¹ Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi kullandığı hak arama özgürlüğüne istinaden kullandığı, Anayasa Mahkemesi, 24 Mayıs 2012 tarihli ve E. 2011/134, K. 2012/83 sayılı Karar, RG, 13.02.2013, 28558 kararına bizzat kendi atıfta bulunmuştur.

³⁴⁸² Anayasa Mahkeme bu ifadeyi kullandığı hak arama özgürlüğüne istinaden kullandığı Anayasa Mahkemesi, 1 Kasım 2012 tarihli E. 2010/83, K. 2012/169 sayılı Karar, RG, 22.02.2013, 28567 kararına bizzat kendisi atıfta bulunmuştur.

Somut norm denetimi yaptığı bir kararda Anayasa Mahkemesi, kahvehanelerde tütün tüketiminin yasaklanmasını Anayasanın 12’nci ve 56’ncı maddeleri kapsamında ele almıştır³⁴⁸³. Anayasanın 12’nci maddesine değinen Mahkeme, kişilerin hak ve hürriyetlerini kullanırken ödev ve sorumlulukları olduğuna değinmiştir. Tütün kullanımının, aynı ortamda bulunan kişilere de sağlık açısından zarar verdiğini vurgulayan Mahkeme, tütün içen kişilerin, aynı ortamda bulunan diğer kişilerin sağlıklı yaşam hakkına karşı ödev ve sorumluluklarının olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu yasağın, Anayasanın 48’inci maddesi anlamında, çalışma hakkı ve özgürlüğünü zedeleyen bir yönünün de olmadığı kanaatine varmıştır.

Bu kararda Mahkeme sigara içenler ile içmeyenlerin hakları arasında bir çatışma ilişkisinin olduğuna değinmemiş, bir dengelemeye gitmemiştir. Oysa Osman Alifeyyaz Paksüt’ün de karşı oy yazısında belirttiği gibi, Anayasanın 12’nci maddesi, kişilerin, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmesi ve “kendi maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi bağlamında, dilediklerince ve benimsedikleri hayat tarzı ve ilkelere uygun olarak her türlü davranışta bulunabil”meleri anlamına gelir. Sigara kullanımı da, genel özgürlükler alanı içinde kalır. Sigara kullanımının tümüyle yasaklanması, Anayasanın 12’nci maddesinde çerçevesi geniş bir şekilde çizilmiş özgürlük alanına ölçsüz bir müdahale oluşturur.

Mahkemenin içkin sınırı kabul ettiğine yönelik bir diğer ifadesi *Erol Aydeğer*³⁴⁸⁴ kararında geçer. Anayasa Mahkemesi bu kararda (adil yargılanma hakkını ve hak arama özgürlüğünü güvence altına alan Anayasanın 36’ncı maddesinde herhangi bir sınırlamanın öngörülmemiş olmasına atıfla), sınırlama kaydı içermeyen haklar bakımından *hakkın nesnel sınırlarının*³⁴⁸⁵ ve çatışan diğer hak ve ilkelerin dikkate alınması ve dengeleme yapılması gerektiğini belirtmektedir (*Erol Aydeğer*, para. 44; *Hüseyin Özkıral*³⁴⁸⁶, para. 40).

Mahkeme “nesnel sınırlar”dan ne anladığını, tam olarak açıklamamaktadır. Yalnızca “özel sınırlama nedeni içermeyen hakların da doğasından ve Anayasanın başka

³⁴⁸³ Anayasa Mahkemesi, 6 Ocak 2011 tarihli E. 2010/58, K. 2011/8 sayılı Karar, RG, 26.02.2011, 27858.

³⁴⁸⁴ AYM, *Erol Aydeğer Başvurusu*: B. No. 2013/4784, 7/3/2014.

³⁴⁸⁵ Vurgu bize aittir.

³⁴⁸⁶ AYM, *Hüseyin Özkıral*, B. No. 2014/13399, 16/9/2015.

maddelerinde yer alan ilke ve haklardan kaynaklanan bazı nesnel sınırları”nın bulunduğunu belirtmektedir (*Ufuk Rifat Çobanoğlu*, para. 41)³⁴⁸⁷. Şu kadarını söyleyebiliriz ki Anayasa Mahkemesi daha derinlemesine bir analizi bize sunmasa da, bu yorumu *anayasanın bütünlüğü ilkesinin sonucu kabul ederek*³⁴⁸⁸, aslında çalışmamızda ortaya koyduğumuz bilgiyi takip etmiş olmaktadır. Anayasanın bütünlüğü ilkesinin sonucu olan, anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlılık halinden ayrıntılarıyla bahsetmiştik.

Biz çalışmamızda, anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlılık ve sınırlama halini detaylı bir şekilde gerekçelendirdiğimizi düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesinin, hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlılık halini temellendirmesi ve ayrıca nesnel sınır veya doğal sınır derken bununla ne kastettiğini ortaya koyması gerekmektedir. Hatta bunun anayasal hakların korunması açısından riskli bir durum olduğunu, ancak çok istisnai durumlarda, belli koşullar altında uygulanabileceğini, bizzat Anayasa Mahkemesi ortaya koymalıdır. Özellikle çatışmanın diğer tarafında da bir hak yerine kamusal menfaat varsa ve bu menfaat sınır olarak kabul ediliyorsa, bu gereklilik hakkın korunması açısından daha elzem hale gelmektedir. Aksi takdirde Mahkeme, Gözler’in, kendi kararlarının doğruluğunun temelini yine kendi kararları olarak sunan bir Mahkeme olduğu eleştirisini gerçekten hak etmiş olacaktır³⁴⁸⁹.

3. Devletin Pozitif Yükümlülükleri ile Anayasal Hakların Çatışması Arasındaki İlişki

Türk hukukunda Alman hukukundan farklı olarak koruma yükümlülüğü teorisini savunanlara rastlamak pek mümkün değildir³⁴⁹⁰. Ancak biz çalışmamızın temeline, devletin pozitif yükümlülüklerini yerleştirdik. Öyle ki hak çatışmasının aslında devletin pozitif yükümlülüklerinin çatışması olduğunu belirttik. Dolayısıyla Mahkemenin,

³⁴⁸⁷ AYM, *Ufuk Rifat Çobanoğlu*, B. No. 2014/6971, 1/2/2017.

³⁴⁸⁸ Vurgu bize aittir.

³⁴⁸⁹ Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 356-357.

³⁴⁹⁰ Belling ve İnce, “Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, 44. Bu konuda Feyzan Ünsal, Anayasa madde 5’e dayanarak temel hakların, başkalarının saldırılarına karşı koruma yükümlülüğü de içerdiğini düşünmektedir. Ünsal, *Politische und religiöse Symbole im Betrieb*, 2008, S. 470-472’ten *ibid.*

özellikle hakların çatışması bağlamında pozitif yükümlülüğü nasıl değerlendirdiği bizim için çok önemlidir.

Yaşam hakkına ilişkin Anayasanın 17’nci maddesi ve 5’inci maddesi beraber değerlendirilerek devletin pozitif yükümlülüğü iddia edilebilir. Anayasanın 17’nci maddesinde bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte, bu madde ile Anayasanın 5’inci maddesindeki “kişinin temel hak ve hürriyetlerini kullanılmasını sınırlayan engelleri kaldırma” ve “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama” görevleri birlikte ele alındığında, devletin yaşamı koruma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır³⁴⁹¹. Anayasa Mahkemesi de kişisel kimliğin ve manevi bütünlüğün bir parçasını oluşturup Anayasanın 17’nci maddesinin birinci fıkrasının korumasından yararlanan bireyin şeref ve itibarının, üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunmasının devletin yükümlülüklerinden olduğuna dikkat çekmektedir (*Kemal Gözler*, para. 47). Üstelik aşağıdaki kararlarda göreceğimiz üzere, pozitif yükümlülük Anayasanın 17’nci maddesi ile sınırlı değildir.

Aslında Mahkeme, pozitif yükümlülüğün genel olarak temelini bizzat kendisi ortaya koymaktadır. Anayasanın 11’inci maddesine göre, Anayasa hükümlerinin devletin tüm organlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlamasından ötürü, Anayasanın tanıdığı tüm hak ve özgürlüklerin güvence altında olduğu söylenebilir. Devletin temel amaç ve görevlerini kapsamını ortaya koyan Anayasanın 5’inci maddesi ve temel hak ve özgürlüklerin niteliklerine yönelik Anayasanın 12’nci maddesindeki vurgu ile beraber koruma yükümlülüğün çerçevesi pekişmektedir (*Ömür Kara ve Onursal Özbek*³⁴⁹², para. 46; *E.Ü. [GK]*³⁴⁹³, para. 65).

Anayasa Mahkemesi, birçok anayasa maddesini Anayasanın 5’inci maddesi ile beraber alarak, devletin pozitif yükümlülüğünden bahsetmektedir. Örneğin, Anayasanın 22’nci maddesi, 5’inci maddesiyle beraber ele alındığında, Devlete, haberleşme özgürlüğüne etkili bir şekilde saygı gösterilmesi yönünde pozitif yükümlülük

³⁴⁹¹ Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi* (İstanbul: Legal, 2013), 5.

³⁴⁹² AYM, *Ömür Kara ve Onursal Özbek*, B. No. 2013/4825, 24/3/2016. Davaya konu olay, özel bir şirkette çalışan kişinin özel yazışmalar içeren kurumsal e-posta hesaplarının, işveren tarafından incelenerek işe iade davasında delil olarak kullanmasıdır. Davada çatışan haklar, işverenin iş yerinde huzur ve disiplinin korunması ile sağlayacağı faydalar ile çalışanın özel hayata saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliği hakkıdır (AYM, *Ömür Kara ve Onursal Özbek*, para. 1, para. 63).

³⁴⁹³ AYM, *E.Ü. [GK]*, B. No. 2016/13010, 17/9/2020.

yüklemektedir. Devlet, mevzubahis olan bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri olsa bile, haberleşme özgürlüğüne saygıyı ve haberleşmenin gizliliğini sağlamaya dönük tedbirler almak zorundadır³⁴⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi, özel kişiler arası ilişkiler sonucunda, bu kişilerin birbirlerinin haklarına buldukları müdahalelerde, Devlete atfedilebilecek sorumlulukların olabileceğini belirtmektedir. Mahkeme, bu kapsamda başvuru konusu olayı, yalnızca adil yargılanma hakkı kapsamında incelemeyip özel kişilerin başlattığı sürecin sonunda etkilenen diğer haklar yönünden de inceleme yapmaktadır (*Türkiye Emekliler Derneği*³⁴⁹⁵, para. 34). Mahkeme; AİHM'nin, eğer özel hukuktan kaynaklanan hakları korumak için hukuken başvurulacak idari yetkiler kullanılmıyorsa ya da yeterli koruyucu yasal düzenleme yoksa ve bu nedenle özel kişilerce hak ihlaline maruz kalan kişi etkili korumadan yararlanıyorsa devletin sorumluluğunun gündeme gelebileceği yönündeki içtihadına, değinmektedir (*Türkiye Emekliler Derneği*, para. 35)³⁴⁹⁶.

Mülkiyet hakkından yararlanma konusunda da Anayasa Mahkemesi, Devletin pozitif koruma yükümlülüklerini kabul etmektedir (*Türkiye Emekliler Derneği*, para. 37). Mülkiyet haklarının çatıştığı davalarda Devlet, her iki tarafın mülkiyet hakkını gözetmekle yükümlü olup maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler altındadır (*Nuran Çıkar*,³⁴⁹⁷ para. 41; *Birgül Pişkin ve Diğerleri*, para. 44, 54³⁴⁹⁸). Devletin, temel haklara özel kişilerce yapılan müdahaleler neticesinde hakları zarar gören kişilerin mülkiyet haklarının korunması amacıyla, etkili iç hukuk yolları ihdas etmeleri ve bu kişilerin özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep etme imkanı sağlamaları gerekir. Böylece yargı mercileri tarafından çatışan anayasal haklar arasında bir tercih yapılırken anayasal yorum temelinde, anayasal haklar korunacaktır (*Türkiye Emekliler Derneği*, para. 39; *Orhan Yüksel* [GK]³⁴⁹⁹, para. 37).

³⁴⁹⁴ AYM, *Hakan Yiğit Kararı*, B. No. 2015/3378, 5/7/2017, para. 54. Dikkat çeken Karan, *İfade Özgürlüğü*, 78-79.

³⁴⁹⁵ AYM, *Türkiye Emekliler Derneği*, B. No. 2012/1035, 17/7/2014.

³⁴⁹⁶ Bu konuda Mahkemenin atf yaptığı AİHM içtihatları için aynı paragrafa bakılabilir.

³⁴⁹⁷ AYM, *Nuran Çıkar*, B. No. 2014/10761, 13/9/2017.

³⁴⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü ve usule ilişkin güvenceleri almakla yükümlü olduğu hususunda AİHM içtihadını dikkate almaktadır (AYM, *Birgül Pişkin ve diğerleri*, B. No. 2014/2085, 26/10/2017, para. 30, 31).

³⁴⁹⁹ AYM, *Orhan Yüksel* [GK], B. No. 2013/604, 10/12/2015.

Yine din ve inanç özgürlüğü kapsamında Anayasa Mahkemesi AİHM'nin, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya* kararını³⁵⁰⁰ da dikkate alarak Devletin, Anayasanın 24'üncü maddesinde düzenlenen bu haktan kişilerin yararlanmasını sağlamaya dair pozitif yükümlülüğüne dikkat çekmektedir (*Esra Nur Özbey*, para. 83 vd.). Özel hayata saygı hakkı bağlamında Devletin, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı ne tür bir koruma içerdiği ve hangi çerçevede pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu, olaya özgü olarak belirlenecektir (*Ömür Kara ve Onursal Özbek*, para. 45, para. 58; *E.Ü. [GK]*, para. 64).

Öyleyse çalışmamızın özellikle ilk kısmında ve genelinde ortaya koyduğumuz üzere, Devletin çatışmaları çözme yükümlülüğünün, pozitif yükümlülüğün bir gereği olduğunu Anayasa Mahkemesi de kabul etmektedir. İlgili uyuşmazlık özel hukuk kişileri arasında gerçekleşse de Anayasanın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklar vardır. Zira özel hukuk kişileri, Anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden doğrudan sorumlu tutulamazlar. Devletin kişilere karşı pozitif yükümlülükleri somut olayın koşullarına göre devreye girecektir. Bu koruma, bireyin özel hayatın korunması çerçevesinde verilerinin korunmasına dairdir. Ayrıca bireyin haberleşme özgürlükleri yönünden kamusal makamlara ve diğer bireylerden, hatta kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşıdır (*Ömür Kara ve Onursal Özbek*, para. 46; *E.Ü. [GK]*, para. 65).

Devletin koruma yükümlülüğü; özel hukuk kişileri arasında meydana gelecek uyuşmazlıkların çözümü için yasal alt yapının kurulmasını, bu uyuşmazlıkların adil yargılama gereklerine uygun ve usuli güvenceleri haiz bir yargılama çerçevesinde incelenmesini ve anayasal güvencelerin bu yargılamalarda gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesini içerir. Yargısal makamların hakkaniyete uygun yargılama yaparak, önüne gelen çatışmayı çözmesi de kamusal makamların pozitif yükümlülüklerinin bir kısmını oluşturur (*Ömür Kara ve Onursal Özbek*, para. 47).

Pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak Mahkemenin, derece mahkemelerinin adil dengeyi kurup kurmadığını değerlendirme noktasında nasıl bir tutum sergilediğini

³⁵⁰⁰ AİHM, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya*, B. No. 13470/87, 20/9/1994, para. 47.

göstereceğiz. Ancak öncesinde bununla bağlantılı olarak Mahkemenin derece Mahkemelerinin takdir yetkisini nasıl değerlendirdiğini görmek önemlidir.

4. Adil Dengeleme Değerlendirmesinde Derece Mahkemelerinin Takdir Yetkisi

Anayasa Mahkemesi, adil dengenin kurulup kurulmadığı noktasında takdir yetkisine yer vermektedir. Derece mahkemelerinin belirli takdir yetkisine sahip olduğunu belirten Mahkeme, bu takdir payının da kendi denetiminde olduğunu ifade eder. Bu bağlamda bir kısıtlamanın ilgili hak ile bağdaşıp bağdaşmadığını tespit eden, iç hukuktaki son merci Anayasa Mahkemesidir (*İsa Gök*, para. 46).

Adil denge ile ilgili belirtilmesi gereken önemli bir husus, Mahkemenin hakların çatıştığı durumları içeren bireysel başvurularda, diğer adli makamların yerine geçmek gibi bir görevinin olmadığını belirtmesidir. Mahkemenin görevi, davayı bir bütün halinde ele almak ve bu makamların kararlarının Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığını değerlendirmektir. Kısacası Mahkeme, adli makamların çatışan iki hak arasında adil bir denge kurmakta başarılı olup olmadığını ele almaktadır (*Sinem Hun*, para. 46; *İsa Gök*, para. 47). Bu konuda Mahkeme, derece mahkemelerinin keyfi bir tutum sergileyip sergilemediklerine de bakmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, *Meliha Siviş* kararında³⁵⁰¹ başvuruçunun iddiasını reddederken, derece mahkemelerinin başvuru ile baba H.Ş.'nin aile hayatına saygı hakkı arasındaki çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurduğunu kabul etmiştir (*Meliha Siviş*, para. 50). İlgili başvuru, velayet hakkına sahip başvuruçunun, çocuğun ismini değiştirme talebiyle açtığı davada olumlu karar verildikten sonra, eski eş baba H.Ş.'nin başvurusuyla bu kararın kaldırılmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği iddiasını içermektedir (*Meliha Siviş*, para. 1). Burada Anayasa Mahkemesi, kriter olarak, tarafların iddialarını adil koşullarda ileri sürebilmeleri ve belirli bir yaşta olan çocuğun isim değişikliği için haklı sebeplerin varlığı noktasında, yargısal makamların keyfi bir tutum sergilediklerinin söylenemeyeceği (*Meliha Siviş*, para. 50) hususlarını ileri sürmüştür.

³⁵⁰¹ AYM, *Meliha Siviş*, B. No. 2015/18910, 9/1/2019.

Adil dengenin kurulup kurulmadığı yönünde karar verilmesinde takdir yetkisinin denetimi ile adil dengeleme için nelerin arandığı hususları birbiriyle bağlantılıdır. Bu nedenle aşağıda kimi hak çatışma örneklerine bakarak, Mahkemenin adil bir dengeleme için ne aradığına bakacağız.

5. Adil Bir Dengenin Kurulup Kurulmadığının Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi, çatışan haklar arasında adil denge kurma yükümlülüğünü, devletin pozitif yükümlülükleri arasında kabul etmektedir. Mahkeme, devletin, bireylerin maddi ve manevi varlıklarının korunmasına dair pozitif yükümlülüklerinin olduğunu belirtir. Bu çerçevede Mahkeme, örneğin 17’nci madde kapsamındaki şeref ve itibarın korunması hakkı ile Anayasanın 28’inci maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü veya bu özgürlükle bağlantılı olarak ya da bundan bağımsız olarak, Anayasanın 26’ncı maddesi çerçevesinde garanti altına alınmış ifade özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını denetleyecektir³⁵⁰² (*Nilgün Halloran*³⁵⁰³, para. 27, 41, 52; *Ergün Poyraz* (2), para. 49³⁵⁰⁴; *Emin Aydın*, para. 56; *Kenan Gül*³⁵⁰⁵, para. 54; *Tansel Çölaşan*, para. 49³⁵⁰⁶; *Ali Galip Baltaoğlu* (3)³⁵⁰⁷, para. 24; *N.B.B.*³⁵⁰⁸, para. 66).

Aşağıda, Mahkemenin bireysel başvuru kararlarına bakarak yaptığımız bazı çıkarımlara veya doğrudan Mahkemenin ortaya koyduğu kimi hususlara değinmek istiyoruz.

a. Değerlendirmenin Soyut Değil Somut Olması

Mahkeme, adil denge kurulurken, Anayasanın 13’üncü maddesi ve ilgili hak maddesi (örneğin ifade özgürlüğü bağlamında madde 26) kapsamında öngörülen

³⁵⁰² Bu konuda Mahkemenin atıf yaptığı karar; AİHM, *Von Hannover v. Almanya*, B. o. 28 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, para. 99.

³⁵⁰³ AYM, *Nilgün Halloran*, B. No. 2012/1184, 16/7/2014.

³⁵⁰⁴ AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], B. No. 2013/8503, 27/10/2015.

³⁵⁰⁵ AYM, *Kenan Gül*, B. No. 2015/17892, 19/2/2019.

³⁵⁰⁶ AYM, *Tansel Çölaşan*, B. No. 2014/6128, 7/7/2015. Mahkemenin, somut olayda çatışan basın özgürlüğü ile itibarın korunması arasında dengeleme yapabilmek için aradığı kriterler şunlardır: “Genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlanıp sağlanmadığı, hedef alınan kişinin konumu (siyasetçi, kamu görevlisi veya sıradan birey olup olmaması ve ünlülük derecesi gibi); haber, köşe yazısı veya makalenin konusu, ilgili kişinin önceki davranışları; yayının içeriği, şekli ve sonuçları ile haber, köşe yazısı veya makalenin yayımlanma şartları” (AYM, *Ali Suat Ertosun* (8), B. No. 2014/4479, 5/11/2015, para. 29).

³⁵⁰⁷ AYM, *Ali Galip Baltaoğlu* (3), B. No. 2015/813, 31/10/2018.

³⁵⁰⁸ AYM, *N.B.B.* [GK], B. No. 2013/5653, 3/3/2016.

sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeni gözetilerek sınırlamanın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu aşamada, muhakkak sınırlama amacı ile aracı arasında da ölçülü bir denge gözetilmek zorundadır ve hakkın özüne dokunulamaz (*Emin Aydın*, para. 56; *Tansel Çölaşan*, para. 49).

Mahkemenin aradığı bu gereklilikler dikkate alınarak çatışan haklar arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı, *soyut bir değerlendirme* ile tespit edilmez; adil denge *her olayın kendine has özelliklerine göre*³⁵⁰⁹ takdir edilecektir (*Emin Aydın*, para. 61; *Nilgün Halloran*³⁵¹⁰, para. 46). Hakların ağırlığından söz eden Mahkeme, ilgili dava için birçok unsura bakarak çatışan hakların dengeleneceğini belirtir (*İsa Gök*, para. 45).

b. Anayasanın 13'üncü Maddesinin Dikkate Alınması

Anayasa Mahkemesi hak çatışmalarını her ne kadar adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı açısından değerlendirse de, aslında olayı Anayasanın 13'üncü maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bu nedenle, Mahkemenin 13'üncü maddeden ayrı bir değerlendirme yaparak gerçek anlamda bir dengeleme içtihatı ortaya koyduğundan şüpheliyiz³⁵¹¹. Anayasa Mahkemesinin çatışma ile ilgili kararlarına baktığımızda görüyoruz ki Mahkeme, iki hakkın çatıştığı durumda, en az üç anayasa maddesini dikkate almaktadır. Bunlardan ikisi çatışan iki ayrı anayasal hakkın yer aldığı maddeler iken, üçüncü madde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13'üncü madde olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, idare ve derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne ve “ölçülülük” ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığının esas alınacağını belirtmiştir (*Kemal Gözler*, para. 51). Görünen o ki Anayasa Mahkemesi, iki anayasal hakkın çatışması durumunda dahi olsa, Anayasanın 13'üncü maddesini dikkate almaktadır. Mahkeme her ne kadar “çatışan haklar arasında” “adil bir dengenin” kurulmasından bahsetse de, yaptığı

³⁵⁰⁹ Vurgular bize aittir.

³⁵¹⁰ AYM, *Nilgün Halloran*.

³⁵¹¹ Mahkeme 13'üncü maddedeki sınırlamanın sınırlarının ve ilgili haklar arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının, somut olaya göre takdir edileceğini belirtir. (AYM, *Nilgün Halloran*, para. 46).

değerlendirme söz konusu müdahalenin Anayasanın 13'üncü maddesindeki diğer kriterlerin yanı sıra, özellikle “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne uygun olup olmadığı ve “ölçülülük ilkesi”nin unsurlarını sağlayıp sağlamadığıdır. Dolayısıyla, Devletin doğrudan herhangi bir hakka müdahale edilmesinin 13'üncü maddeye uygunluğunun değerlendirilmesi ile bir hakkın korunmasının neticesinde başka bir hakka müdahalesinin Anayasaya (burada yine 13'üncü maddeye) uygunluğunun değerlendirilmesi arasında, Anayasa Mahkemesinin çoğu kararında belirgin bir fark gözettiğinden emin değiliz.

c. İlgili ve Yeterli Gerekçe

Yargısal makamlar, işveren ve çalışanların çatışan çıkarlarını adil bir şekilde dengelemek, başvurusunun temel haklarına yönelik müdahalenin meşru amaca dayanıp dayanmadığını değerlendirmek ve ulaşılan sonuca dair hüküm kurarken *ilgili ve yeterli*³⁵¹² gerekçeler sunmak zorundadır (*Ömür Kara ve Onursal Özbek*, para. 47-50; *E.Ü. [GK]*, para. 65). Anayasa Mahkemesi “ilgili ve yeterli gerekçe” kriterini ayrıntılarıyla açmamasına rağmen, kimi kararlarında derece mahkemelerinin kararlarını daha derinlemesine ele alıp, ilgili ve yeterli gerekçenin varlığını kabul etmektedir.

Mahkemeye göre, derece mahkemeleri Anayasanın sağladığı güvenceleri göz önünde tutmalı, çatışan çıkarlar arasında adil bir dengeleme yapmalı, müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığını değerlendirmeli ve hüküm kurarken ilgili ve yeterli gerekçeler sunmalıdır (*Ömür Kara ve Onursal Özbek*, para. 50; *Ergün poyraz (2)[GK]*³⁵¹³, para. 57). Demokratik bir hukuk devletinde - güdülen amaç ne olursa olsun- sınırlamalar, özgürlüğün kullanılmasını ölçsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz, diyen Mahkeme, sonuç itibarıyla ilgili davada, “somut olayın koşullarında *ilgili ve yeterli gerekçe*³⁵¹⁴ olmadan tedbir mahiyetinde alınan bir kararın süresiz olarak etki göstermesi”ni ölçülü olarak kabul etmemektedir (*Kemal Gözler*, para. 74).

³⁵¹² Vurgu bize aittir.

³⁵¹³ AYM, *Ergün Poyraz (2)* [GK].

³⁵¹⁴ Vurgu bize aittir.

d. Dengenin Katlanılmaz Şekilde Bozulması veya Bir Tarafa Aşırı ve Olağan Dışı Külfet Yüklenmesi

Gerek hak çatışmalarında, gerekse de hakkın kamu menfaatleri ile çatışmasında adil dengenin kurulmasında Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesine başvurmuştur (B.S.³⁵¹⁵, para. 94; *Orhan Yüksel* [GK], para. 54). Terazinin diğer kefesindeki hakka yapılan müdahalenin, açıkça orantısız bir külfet yüklemesi halinde ölçülülük ilkesine aykırılık oluşacaktır (B.S., para. 94). Buradan Mahkemenin adil dengelemeyi ölçülülük ilkesi ile beraber ele aldığını anlıyoruz.

Mahkemenin, adil dengenin kurulmadığını tespiti için dikkat ettiği husus, “ilgili çatışan hak arasındaki dengenin bir diğeri aleyhine katlanılmaz şekilde bozulması”dır³⁵¹⁶ (*Sinem Hun*, para. 61). Mahkeme bu kriteri bir başka kararda, “kurulması gereken dengeyi başvuru aleyhine” bozmak olarak ifade etmektedir (*Nilgün Halloran*, para. 64).

Çatışan haklardan hangisine üstünlük tanınacağıın takdiri, yasa koyucuya ve somut olayın koşullarına göre bunu değerlendirecek olan derece mahkemelerine ait bir yetkidir. Burada kriter her iki menfaatin mümkün olduğunca dengelenmesi ve taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir sonucun doğmamasıdır. Mahkemeye göre, taraflardan birine “aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi”, devletin pozitif yükümlülüğünün ihlaliyle sonuçlanabilir. Menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması için olayın tüm koşulları ve taraflara tanınan tüm imkanlar değerlendirilecektir. Tarafların tutum ve davranışları da göz önünde tutulacaktır (*Faik Tari ve Sultan Tari*³⁵¹⁷, para. 52; *Birgül Pişkin ve Diğerleri*³⁵¹⁸, para. 51; *Nuran Çıkar*, para. 40). Bu bağlamda aşağıda birkaç örnek karara yer vermek isteriz.

Örneğin, din özgürlüğüne müdahale sonucunda bu özgürlükten elde edilen yarardan daha ağır basan menfaatin ve “kişiyeye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığı somut olgulara” dayanılarak gösterilmelidir (B.S., para. 94).

³⁵¹⁵ AYM, B.S., B. No. 2015/8491, 18/7/2018.

³⁵¹⁶ Vurgu bize aittir.

³⁵¹⁷ AYM, *Faik Tari ve Sultan Tari*, B. No. 2014/12321, 20/7/2017. Karara konu çatışma, arsa payını devreden arsa sahiplerinin mülkiyet hakkı ile bu arsa payını devralan kişilerin mülkiyet hakları arasındadır.

³⁵¹⁸ AYM, *Birgül Pişkin ve diğerleri*.

Ancak Mahkemenin, teorik olarak ortaya koyduğu bu kriterleri *D.Ö. (4)*³⁵¹⁹ başvurusunda olduğu gibi somut olaya sistematik ve öngörülebilir bir şekilde uyguladığından söz edilemez. İlgili başvuru, başvurucunun ramazan ayında geceleri davul çalınmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi öncelikle çevresel kirliliği Sözleşmenin 8’inci maddesi kapsamında düzenlenen özel hayat hakkı, aile hayatına ve konuta saygı hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile bağlantılı olarak ele alan AİHM içtihadını açıklamaktadır (*D.Ö. (4)*, para. 21-26). Anayasa Mahkemesi, başvurucunun iddia ettiği hakkı Anayasanın 20’nci maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkı altında ele almaktadır. Anayasanın 56’ncı maddesinde normatif dayanağı yer alan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 20’nci madde ve konut dokunulmazlığını güvence altına alan 21’inci madde kapsamında ve bu hükümlerdeki hukuksal çıkarlar üzerinde etkisi göz önünde tutularak değerlendirilmektedir (*D.Ö. (4)*, para. 35).

Özel hayata saygı hakkının ihlaline karar vermek için Anayasa Mahkemesi iki koşul aramıştır (*D.Ö. (4)*, para. 38).

“Bununla birlikte tartışmaya konu çevresel kirlilik, bireyin konuttaki huzurunu, özel veya aile hayatını doğrudan etkilerse ve belirli bir katlanma düzeyini geçerse özel hayata saygı hakkı bakımından bir sorunun mevcut olduğu varsayılmaktadır. Bu iki koşuldaki birinin yokluğu ise özel hayata saygı hakkının güvencelerinin devreye girmesini engellemektedir.”

Anayasa Mahkemesi ilk koşulun gerçekleştiğini kabul etmiştir. Ne var ki Mahkeme, katlanma düzeyini geçme koşulu adına ramazan ayında davul çalınmasının, belli bir süre gerçekleştiği ve bunun bir gelenek olduğu hususları üzerinde durmayı tercih etmiştir. Hatta Mahkeme bu rahatsızlığın meydana geleceği zaman diliminin öngörülebilir oluşunu da hesaba katmıştır ki bunun başvurucunun meydana gelen rahatsızlığa katlanması noktasında nasıl önemli bir etken olacağını biz anlamış değiliz (*D.Ö. (4)*, para. 45). Başvurucu, “nasıl olsa saat 3.30’da davul çalacak, uyanıp yeniden uyumaya çalışacağım mı diyecek? Üstelik Mahkemenin, bu katlanma halinin, “Türkiye’de yaşayan diğer kişilerle birlikte başvurucunun da maruz kaldığı sesin süresi

³⁵¹⁹ AYM, *D.Ö. (4)*, B. No. 2014/3735, 12/6/2018.

ve yoğunluğu” diyerek 20’nci maddenin güvencelerini işletmeyi gerektirecek bir asgari seviyeye gelmediğini belirtmesi de kabul edilemez (*D.Ö. (4)*, para. 46)³⁵²⁰.

Bu somut olay için Mahkemeden beklediğimiz, normal şartlar altında bu sesin gürültü olarak kabul edilip edilmeyeceğini ve ulusal mevzuat kısmında yer verdiği düzenlemelerin kapsamına girip girmediğini değerlendirilmesiydi. Bu tespitten sonra yine de Mahkeme, bir dengeleme arayışına girebilirdi. Örneğin, somut olaydaki sorun, yalnızca belli saatte uyanmaktan ibaret değildir. Bu saatten sonra yeniden uyayamamak ve bu nedenle bir sonraki günü düşük bir enerjiyle geçirmek zorunda kalmak da söz konusudur. Bu durumda Mahkemenin, gürültüden doğrudan etkilendiğini kabul ettiği başvurucunun buna katlanması için somut olaya dayanarak yeterli gerekçeyi sunduğu söylenemez.

Bizce bu kararda ne yazık ki Mahkeme, bir dengeleme arayışına girmekten veya uzlaşma sağlamaktan öte, arka planda bir değeri daha üstün tutmuştur. Uzlaştırmanın mümkün olmadığı durumlarda haklardan birine “öncelik” verilir. Bu durum hiyerarşik olarak üstünlükten farklı bir durumdur³⁵²¹. Çünkü hiyerarşik olarak üstünlük durumunda, hak, diğer bir hakla çatışmaya girdiğinde her türlü öncelikli çıkarken; öncelik vermede somut çatışmada her iki hakkın da belli oranda gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı için biri tamamen dışlanarak –o olaya özgü olarak- diğerine öncelik verilir³⁵²². Bizim de *D.Ö. (4)* kararından anladığımız, Mahkemenin açıkça ifade etmese de hiyerarşik bir üstünlük kurduğudur.

Murat Erdoğan’a göre,

“burada yapılacak değerlendirmede çoğunluğun bu ibadete katılıp katılmaması önemli olmayıp, yapılması gereken başkalarının din ve vicdan özgürlüğünün neden başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına tercih edildiğini açıklamaktan ibaret olmalıdır”³⁵²³.

³⁵²⁰ İsmail Köküsarı ilkeleri tespit etmek ve uygulamak konusunda zor bir çatışma örneği olarak değindiği bu kararın dengeleme yapılmadan, yalnızca demokratik toplumdaki hoşgörüyü atıfla alındığını belirtmiştir. Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 398.

³⁵²¹ *Ibid.*, 192.

³⁵²² *Ibid.*

³⁵²³ Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu* (Ankara: Lykeion Yayınları, 2019), 364-365.

Bu daha dürüst bir yaklaşım olurdu. Belirttiğimiz gibi Mahkeme, idarenin çatışan hakları “uzlaştırma” konusundaki sorumluluğunu değerlendirebilirdi. Mahkeme, burada idarenin alternatif yolların mevcudiyetini değerlendirme yükümlülüğü olup olmadığını ele alabilirdi. Bu noktada elbette öncelikle “geleneğe” kavramına sığınmaktansa, somut olayın ilgili kişilerin din özgürlüğü ile ne kadar bağlantılı olduğu tartışılabilirdi. Bu rahatsızlığı, “hoş görülmesi” beklenen düzeyde değerlendiren Anayasa Mahkemesi, başvuru sahibinin talebinin “hoş görülmesi”ne dair nasıl bir değerlendirme yaptığı konusunda, daha açıklayıcı gerekçeler sunabilirdi.

Mahkemenin, adil dengelemenin değerlendirilmesine dair bir diğer kararına bakalım. *Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Tic Ltd. Şti.* kararında adil dengelemenin sağlanıp sağlanmadığına dikkat eden Mahkeme, biraz daha teknik olarak ifade edilebilecek bir açıklama yapmıştır. Somut duruma ilişkin açıklamalar yapan ve bu konudaki bilirkişi raporunu da detaylı gören Mahkemeye göre, ilgili maden faaliyetiyle ortaya çıkacak zararlar (sosyal ve ekonomik zararlar), maden faaliyetinin sağlayacağı ekonomik yarardan çok daha fazladır (*Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Tic Ltd. Şti.*, para. 49)³⁵²⁴. Ancak önemli bir hususa dikkat çekmek gerekir. Bu husus Anayasa Mahkemesinin de bu açıklamasından hemen sonra “ayrıca” diyerek belirttiği, maden işletme ruhsat ve izninin, ilgili kanunlara (3571 ve 2872 sayılı Kanunlara) aykırı olmasıdır (*Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Tic Ltd. Şti.*, para. 49). Akıllara ilgili ruhsat ve izin kanunlarına aykırı olmaması halinde Mahkemenin nasıl bir dengelemeyi uygun göreceği sorusu gelmektedir.

Anayasa Mahkemesinin adil dengenin sağlanması için ele aldığı hususlar bunlardan ibaret değildir. Bu durum, somut duruma göre değerlendirmenin zorunlu olarak getirdiği bir sonuçtur. Bu nedenle ne çatışacak hak örneklerini ne de bu çatışmalarda uygulanabilecek kriterleri daha sistematik ve genel olarak sıralayamayacak olsak da, Mahkemenin adil dengelemeyi sağlamak adına ele aldığı kriterleri aşağıda bazı hak çatışmaları örneklerine bakarak değerlendirmek istiyoruz.

³⁵²⁴ Vurgu bize aittir.

5. Anayasa Mahkemesinin Adil Denge Aradığı Hak Çatışmalarının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi, çatışma içeren başvuruları değerlendirirken genellikle AİHM içtihadını da dikkate alarak “genel ilkeler”i açıklamakta ve ardından “genel ilkelerin somut olaya uygulanması” aşamasına geçmektedir³⁵²⁵. Mahkeme bazı kararlarda açıkça ilgili haklar arasında “adil denge” başlığı açmaktadır (*İsa Gök*, B. No. 2015/805, 12/9/2018).

Mahkeme çoğu durumda ne genel ilkeleri tek tek saymakta³⁵²⁶ ne de bu ilkeleri somut olaya uygularken farklı başlıklar altında değerlendirmeler yapmaktadır. Bazı ilke kararlarda ise daha sistematik bir şekilde, somut olayı kriterlere göre değerlendirmektedir³⁵²⁷. Mahkeme “çatışan haklar arasında” dengelemenin yapılabilmesi için daha önceki içtihatlarında ortaya koyduğu kriterleri anıp, bu kriterleri somut olaya göre değerlendirmektedir (*İsa Gök*, para. 45). Tek tek her kriter ile ilgili bir değerlendirmenin yapılması ilke kararlar dışında zorunlu olmayabilir³⁵²⁸. Ancak yine de Mahkemenin, ortaya koyduğu ilkelerden somut olaya uygun olanları adım adım değerlendirmesi, kararlarının rasyonelliğine ve öngörülebilirliğine önemli bir katkı sağlayacaktır.

³⁵²⁵ Bkz. AYM, *Emin Aydın*; AYM, *Kenan Gül*; AYM, *Abbas Yalman*; AYM, *E.Ü.* [GK].

³⁵²⁶ Örneğin iletişim araçlarının çalışanın kullanımına sunulması nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluklarda, işverenin menfaatleri ile işçinin temel hak ve özgürlükleri (kişisel verilerin korunması hakkı ile haberleşme hürriyeti) arasında bir dengeleme yapılması noktasında, Anayasa Mahkemesi, somut durumda dikkate alınacak genel hususları ve genel kriterleri ortaya koymuştur. AYM, *E.Ü.* [GK], para. 67-70). Anayasa Mahkemesinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması bağlamında, şeref ve itibarının korunması hakkı ile savunma dokunulmazlığı ve ifade özgürlüğünden yararlanma çatışmasındaki dengelemeye yönelik tüketici olmayan şekilde saydığı kriterler için bkz. AYM, *Kenan Gül*, para. 55. (Kişilik hakkı ile savunma dokunulmazlığı arasındaki çatışmada hangi çıkarın üstün tutulacağına dair Yargıtayın belirlediği kriterler için Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*, 69-70). Mahkemenin adil yargılanma hakkı ile kişiliğin maddi ve manevi varlığını koruma ve kişiliğini geliştirme hakkı arasındaki çatışmada ortaya koyduğu belli kriterler için bkz. AYM, *Ali Abbas Yalman*, B. No. 2015/11456, 19/4/2018, para. 33. İnternet erişimi noktasında, ifade özgürlüğü ile internetteki bilgilerden kaynaklı şeref ve itibar hakkının korunmasındaki çatışmada adil dengenin sağlanması için gereken kriterler için bkz. AYM, *Kemal Gözler*, para. 49.

³⁵²⁷ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 480. “Denge kurmak için başvuru uygun kriterler” başlığı altında, kişilik hakkı ile düşünceyi yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki çatışmada adil dengeye dair kriterleri sıralayan AYM, *İlhan Cihaner (2)*, B. No. 2013/5574, 30/6/2014, para. 65-73 kararı örnek verilebilir. Ayrıca bkz. bu çalışma dp. 3526.

³⁵²⁸ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 487.

Burada, Mahkemenin AİHM içtihadını takip etmesine yönelik bir not düşmek isteriz. Anayasa Mahkemesi, kararlarında sıkça AİHM içtihadına yer vermektedir. Fakat kimi zaman Mahkeme, önündeki başvuruyu değerlendirirken AİHM içtihadına görünüşte bir atıf yapmakta, aslında sadece görünüşte bir kanıtlama yoluna gitmektedir. Zira bu atıflara rağmen Mahkeme, bu atıfların amacından çok daha farklı bir sonuca varmaktadır³⁵²⁹. Dolayısıyla Mahkemenin yalnızca genel ilkeler kısmında AİHM içtihadını sıralaması yeterli değildir.

Aşağıda bazı hakların çatışmaları konusunda, Mahkemenin “adil dengeleme”den ne anladığını biraz daha ayrıntılı şekilde ortaya koymaya çalışacağız.

a. Mülkiyet Haklarının Çatışması

Anayasa Mahkemesi, arsa sahibinin mülkiyet hakkı ile yükleniciden henüz inşaatı tamamlamamış bağımsız bölümü satın alan kişinin mülkiyet hakkının çatıştığı davalarda, arsa sahibinin mülkiyet hakkına dayanarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini iptal etmesi nedeniyle zarar gören alıcının, bu zararı yükleniciden talep etmek için hukuki yolun mevcut olduğuna dikkat çeker. Mahkeme bu nedenle alıcıların *aşırı ve orantısız bir yük* altına girmedikleri görüşündedir³⁵³⁰.

Anayasa Mahkemesinin kararının asıl dayanağı, “mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir, öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik içtihatların mevcut olduğu” düşüncesidir. Derece mahkemeleri de başvuruçuların satın alma sırasında inşaatın henüz tamamlanmadığını ve gelecekte inşa edilecek bağımsız bölüme ait arsa payını aldıklarını bilecek durumda olduklarını dikkate almışlardır. Arsa payını satın alanlar, yüklenicinin haklarına sahip olup edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır (*Faik Tari ve Sultan Tari*, para. 53). Anayasa Mahkemesi bu hususu, başvuruçuların, yükleniciye dava açma ve zararlarını isteme imkanları ile yüklenicinin halefi sıfatıyla sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak arsa

³⁵²⁹ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 59. Buna örnek olarak Köküarı'nın dikkat çektiği, AİHM'nin *Kılıçdaroğlu v. Türkiye*, B. No. 16558/18, 19.04.2021 kararı ile Anayasa Mahkemesinin *Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No. 2014/1577, 25/10/2017 kararında ifade özgürlüğü ile özel hayat hakkının çatışmasında aynı dengeleme kriterleri ortaya konmuşken, farklı sonuçlara varılması gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi Kemal Kılıçdaroğlu'nun ifadelerini “kişisel saldırı” olarak kabul etmişken, AİHM siyasi tartışma ile kamu yararı kapsamında hoş görülmesi gereken ifadeler olarak değerlendirmiştir. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 479 (dp. 285).

³⁵³⁰ *Ibid.*, 468-469. Vurgu bize aittir.

sahiplerinden tazminat talep edebilecekleri hususuyla birlikte ele almıştır. Neticede bir ihlal bulmamıştır (*Faik Tari ve Sultan Tari*, para. 54).

*Nuran Çıkar*³⁵³¹ kararında, derece mahkemelerinin takdir yetkisi konusunu biraz daha derinleştiren Anayasa Mahkemesi, kamu otoritesi ve özellikle de yargı organlarının, daha üstün değerde görülen hakkın gerçekleştirilmesi amacıyla diğer taraf aleyhine sonuç doğuracak tasarruflarda bulunabileceğini ve hatta bunun gerekli olduğunu belirtmektedir. Ancak bu durum, somut davadaki diğer tarafın, tamamen korumasız bırakılacağı anlamına gelmez. Hukuk sistemi, her iki tarafın menfaatlerini dengeleyecek mekanizmalar üretmek zorundadır. Mahkeme yine bir tarafta ölçsüzlük oluşmasının, Devletin, pozitif yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına geleceğine dikkat çekmektedir (*Nuran Çıkar*, para. 40). Bu karara istinaden Mahkeme, arsa payını yükleniciden satın alan kişinin borçlar hukuku çerçevesinde dava açıp zararını *tazmin edebilmesi imkanını* bu mekanizmalardan biri olarak gördüğü için, başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul etmemiştir. Çünkü bir hakkın korunması için diğer hakkın sahibine *ağır külfet yüklenmemiştir* (*Nuran Çıkar*, para. 45, 47)³⁵³².

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, genel olarak usuli güvenceler ve yollar sağlanmasını Devletin mülkiyet hakkı çatışmalarında adil denge sağlamaya dair pozitif yükümlülüğü bakımından yeterli görmektedir³⁵³³. Ancak bahsettiğimiz olayda, adil bir dengenin kurulması noktasında başka koşulların da dikkate alınması gerekirdi. *Faik Tari ve Sultan Tari* kararında karşı oy gerekçesinde belirtildiği gibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden 24 yıl sonra bu sözleşmenin yerine getirilmediği gerekçesiyle arsa sahiplerinin “tapu kayıtlarının iptalini ve başvuruçular adına tapuda kayıtlı hisselerin kendi adlarına tescilini talep” ettikleri dikkate alınmalıydı. Bu kadar uzun süreden sonra,

³⁵³¹ Başvurunun konusu, arsa payını yükleniciden satın alan kişinin mülkiyet hakkının koruduğu menfaatler ile arsa sahibinin mülkiyet hakkınca korunan menfaatler arasındaki çatışmadır. Arsa sahibinin mülkiyet hakkının korunması amacıyla, hukuka uygun olarak arsa payının satın alınması işlemi iptal edilmiştir. Bu iptal kararı, Yargıtay içtihadına uygundur. Hukuk kurallarının yorumlanması yetkisinin derece mahkemelerine ait bir yetki olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi, Yargıtay’ın içtihadına karışma hakkını kendinde görmemektedir. Mahkemenin görevi, içtihadın bir taraf aleyhine aşırı orantısızlıkla sonuçlanıp sonuçlanmadığını değerlendirmektir (AYM, *Nuran Çıkar*, para. 44).

³⁵³² Vurgular bize aittir.

³⁵³³ AYM, *Faik Tari ve Sultan Tari*, para. 52 vd.; AYM, *Nuran Çıkar*, para. 42-46. Ayrıca Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 469.

Türk Medeni Kanununun 1024'üncü maddesine rağmen inşaatın başlamasından ve fiili kullanımdan yıllar sonra başvuru sahiplerinin yolsuz tescili bilmeleri beklenemeyecektir.

Karşı oy gerekçesine göre “arsa sahipleri ile başvuru sahiplerinin çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyi niyetli olduğuna bakılarak çözüme kavuşturulması gerekir”di. Biz bunu, hangisinin iyi niyetli olduğuna bakmaktan ziyade, iki tarafın da iyi niyetli olup olmadığının dikkate alınmasının gerekmesi şeklinde yorumlamayı tercih ediyoruz. Neticede başvuru sahipleri derece mahkemesi tarafından iyi niyetli bulunmamışlarsa da, binanın projesinin bulunmadığını ve yapı kullanım izni alamayacağını bilmelerine rağmen müteahhite hisse devreden arsa sahiplerinin de iyi niyetinden söz edilemez. Binanın ekonomik ömrünü doldurmaya yakın olduğu ve arsa olarak değer kazandığı zaman, yani 24 yıl sonra yasal girişimde bulunmaları da iyi niyetli olmadıklarını gösterir. Üstelik başvuru sahiplerinin, zaman aşımı hükümleri dikkate alındığında, borçlar hukuku kapsamında zararlarını tazmin etme olasılıkları da düşüktür (*Faik Tari ve Sultan Tari Karşı oy gerekçesi*)³⁵³⁴.

b. Kişilik Hakkı ile İlgili Çatışmalar

Aslında yukarıda Anayasa Mahkemesinin, kişilik hakkı ile bazı haklar arasındaki çatışmaları ele aldığı kimi kararlarına doğrudan ya da dolaylı olarak değindik. Burada önemli gördüğümüz *N.B.B.* kararına özellikle değinmek istiyoruz.

N.B.B. kararında, bir gazetenin internet arşivinde kendisi hakkındaki haber ve yayınların kaldırılmasını talep eden kişinin şeref ve itibarının korunması hakkı ile basın özgürlüğü arasındaki çatışmaya³⁵³⁵ dair ortaya konan dengeleme değerlendirilmiştir.

³⁵³⁴ Borçlar hukuku ve eşya hukuku kapsamına giren, hukuki ve teknik olarak detaylı olan bu kararı daha fazla derinlemesine inceleme niyetinde değiliz. Ancak burada, Anayasa Mahkemesinin bu kararı oldukça sert bir şekilde eleştiren bir makaleye yer vermek isteriz. Saba Özmen, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 135 (2018): 491-516.

³⁵³⁵ Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıkça değindiği Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/1/2007 tarihli ve E.2007/4-14, K.2007/32 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: (AYM, *Tansu İşler*, B. No. 2013/9799, 14/4/2018, para. 29’dan): “Ancak basın özgürlüğü ile kişilik değerleri karşı karşıya geldiğinde, çatışan iki değer aynı zamanda korunamayacağına göre somut olaydaki olgular itibarıyla birinin diğerine üstün tutulması gerekir. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygun olacağı kabul edilecektir. Basının haber verme görevini yerine getirirken kullanacağı bu hakkın özel hukuk alanındaki sınırı; gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılık kuralları olarak belirlenmiştir. Haber verme bu sınırlar içinde kullandığı sürece hukuka uygundur. Bu unsurlardan biri olan gerçeklik; verilen habere ya da anlatılmak istenen

İlgili Sulh Ceza Mahkemesi başvurusunun haberin kaldırılması talebini kabul etmişken, Asliye Ceza Mahkemesine yapılan itiraz neticesinde Sulh Ceza Mahkemesinin kararı kaldırılmıştır. Netice itibarıyla, başvurunun önüne geldiği Anayasa Mahkemesi, genel ilkelerin somut olaya uygulanmasında birçok hususu dikkate almıştır. Bunlar; haberin arşiv değeri taşıması ve dolayısıyla güncelliğini yitirmesi (olay üzerinden 14 yıl geçmiştir), habere erişilebilirliğin sağlanmasının zorunlu olmasının gerekmemesi ve özellikle de kamu yararı bakımından, habere konu kişinin siyasi veya medyatik bir kişiliğe sahip olmamasıdır. Böylelikle internette kolaylıkla ulaşılan haber, başvurusunun itibarını zedelemektedir (*N.B.B. [GK]*, para. 73)³⁵³⁶.

Adil bir dengenin kurulması için şeref ve itibar yönünden unutulma hakkının³⁵³⁷ da dikkate alınması gerekir (*N.B.B. [GK]*, para. 46). Öte yandan, diğer tarafta yalnızca ifade ve basın özgürlüğü değil, aynı zamanda başkalarının haber ve fikirlere ulaşma hakkı söz konusudur (*N.B.B. [GK]*, para. 61, para. 69). Gerek “haber ve fikirlere ulaşma hakkı” gerekse de “unutulma hakkı”, çatışan iki hakkın ilgili taraflarına “eklenen” haklardır³⁵³⁸. Bu husus literatürde, dengelemede “üçüncü bir hakkın etkisi veya hakların yığılması” olarak adlandırılır.³⁵³⁹ Unutulma hakkını da göz önünde tutan Anayasa Mahkemesi, kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlükleri arasında adil bir dengenin kurulmadığına kanaat getirmiştir (*N.B.B. [GK]*, para. 74)³⁵⁴⁰.

N.B.B. kararında Anayasa Mahkemesi, internetteki haberi erişilebilir kılan verilerin silinerek erişimin engellenmesi gibi yöntemlere başvurulmasını, böylece arşiv

amaca ve hedefe konu olan içeriğin, yayım sırasında olayla ilgili durumuna uygunluğudur. Diğer bir anlatımla gerçeklik somut gerçeklik olmayıp, haberin verildiği andaki belirli biçimine, görünürdeki gerçeğe uygunluktur.”

³⁵³⁶ Davaya konu olay, başvurusunun uyuşturucu kullanımından ötürü adli para cezasına hükmedilmesine ilişkin 1998 yılındaki iki ve 1999 yılındaki bir haber başlığıdır.

³⁵³⁷ Anayasa Mahkemesi Anayasanın 5’inci, 17’nci ve 20’nci maddesini (fıkra 3) dikkate alarak unutulma hakkının varlığını kabul etmektedir. (AYM, *N.B.B. [GK]*, para. 47).

³⁵³⁸ Vurgu Köküarı’ya aittir. Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 324.

³⁵³⁹ Köküarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 324. “Üçüncü bir (eklenen) hak etkisi” bir hakkın çatışmadaki haklardan birinin ağırlığına etki etmesini kasteder. Örneğin, bir davada savunma sırasında taraflardan birinin diğerinin kişiliğine yönelik ifadesi nedeniyle bir soruşturma geçirdiğini düşünelim. Bu durumda karşı tarafın kişilik hakkı ile soruşturma geçiren kişinin ifade özgürlüğü ve aynı zamanda adil yargılanma hakkı ile ilgili davanın esasını oluşturan hakkın çatışması gündeme gelebilecektir. *Ibid.*, 271-272. Dolayısıyla soruşturma geçiren hak sahibinin nezdinde “hakların birikmesi” söz konusudur. Doktrinde çatışmanın adil bir dengeleme ile sonuçlanması için biriken bu hakların dikkate alınması gerektiği savunulmuştur. *Ibid.*

³⁵⁴⁰ “İlke kararı” olarak kabul edilebilecek bu kararda, açıkça ve tek tek sayılmamış olsa da dikkate alınan kriterleri Köküarı saymıştır. *Ibid.*, 318-319.

niteliğindeki haberin tamamen silinmesine gerek kalmamasını vurgulayarak, aslında adını anmadan pratik uyuşuma değinmiştir (*N.B.B.* [GK], para. 71). Çünkü bu şekilde, hem internet haberciliği bağlamında ifade ve basın özgürlüğü hem de kişilik hakkı tamamen göz ardı edilmeden mümkün çözümlere dikkat çekmiştir. Ancak bu karar açısından, başvuruçunun şeref ve itibar hakkının öncelikli tutulduğu anlaşılmaktadır³⁵⁴¹.

c. İfade Özgürlüğü ile İlgili Çatışmalar

İfade özgürlüğü de kişilik hakkı gibi yukarıda, kimi çatışma örneklerinde dolaylı veya doğrudan yer verdiğimiz haklardan biridir. Üstelik bir üstteki başlıkta gördüğümüz üzere, kişilik hakkının yoğun olarak çatıştığı bir diğer hak ifade özgürlüğüdür. Dolayısıyla bu bağlamda da açıklamalar yaptık. Bu başlık altında ise ifade özgürlüğü ile ilgili çatışmalar çok sık karşımıza çıktığı için Anayasa Mahkemesi kararlarını biraz daha detaylı incelemek istedik.

“Başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması”, Anayasanın 26’ncı maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlandırma nedenlerindedir. Mahkeme, düşünciyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve itibarlarının korunmasının çatışması halinde, dengelemeyi yaparken, şöhreti söz konusu olan kişinin kamu görevlisi olup olmadığını ve öyleyse üstlendiği kamu görevini dikkate almaktadır (B. No. 2013/5574, 30/6/2014, para. 71’den atıfla *Nilgün Halloran*, para. 61)³⁵⁴². Mahkeme bunu, tarafların kimliklerinin

³⁵⁴¹ *Ibid.*, 326.

³⁵⁴² Ankara Üniversitesinde Profesör ve Rektör yardımcısı olan başvuruçuya hitaben, 2158 kişinin üye olduğu elektronik ileti grubunda idari görevli olmayan profesör O.Ö tarafından şu mail atılmıştır: “Turnikelerin kaldırılması ile ilgili birkaç soru: 1. Daha önce turnikelerin kaldırılması, öğretim üyeleri ve öğrenciler tarafından defalarca istenmiş olduğu ve bu konudaki rahatsızlıklar dile getirildiği halde yönetim neden hep sessiz kaldı? 2. Şimdi birdenbire kaldırılmasının nedenini yönetim bize açıklayabilir mi? 3. Bu hareket bir seçim yatırımı mı? Soruların cevaplanması umudu ile.” Buna cevap olarak, başvuruçudan şu elektronik ileti atılmıştır: “Sayın O.Ö, ilginç mesajınızı kişiliğinizin aynası olarak algılıyorum. Hani bazı insanlar vardır, ne yapılırsa yapılsın aşağılık duygularının yansıması olarak tepki verirler ya sizinki de öyle bir şey. Bu iş seçim yatırımı değildir. Sizin kime oy vereceğiniz de kimsenin umurunda değil inanın. Biz yönetim olarak yapılması gerekeni yapılması gerektiği zamanda yapıyoruz.” Bu elektronik ileti yalnızca O.Ö’ye gönderilmişken, O.Ö bu iletiyi tüm gruba atarak üyelerin görmesini sağlamıştır (AYM, *Nilgün Halloran*, para. 9-12). Netice itibarıyla O.Ö., başvuruçudan aleyhine tazminat davası açmış ve davası olumlu sonuçlanmıştır. Başvuruçudan ise tazminat ödemeye mahkum edilmesinin, Anayasanın 26’ncı maddesinde korunan düşünciyi açıklama ve yayma hürriyetini ve ayrıca adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia ederek, Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. İsmail Köküsar, bu davada eğer başvuruçudan “aşağılık duygusu” ve diğer ifadelerin geçtiği e-postanın, yalnızca muhataba gönderilip de toplu mail grubunda atılmasaydı ne olacağını, farazi olarak değerlendirmektedir. Bkz. Köküsar, *Anayasal Hakların Çatışması*, 492. Ancak yazarın

de göz önünde tutulması olarak tarif etmektedir. AİHM'nin içtihadına başvuran Mahkeme, şöhreti korunacak kişinin sade vatandaş olması halinde korumanın üst düzeyde yapılması ve bunun dengelemede göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir (*Nilgün Halloran*, para. 61).

Siyasetçiler, kamuoyunca tanınmış kişiler ve kamusal yetki kullanan kamu görevlileri, gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmalıdırlar. Dolayısıyla yöneltilen ifade bu kişilere karşı olduğunda eleştirinin sınırları genişlemektedir (*İsa Gök*, para. 44)³⁵⁴³. Bu anlamda Mahkeme dengeleme yaparken çatışan iki hak sahibinin toplumsal konumlarını da dikkate almaktadır (*İsa Gök*, para. 51).

Mahkeme “çıkartlar arasında adil bir denge kurulması”ndan bahsetmekte ve bu noktada pek çok hususa dikkat etmektedir (*Nilgün Halloran*, para. 59). *Nilgün Halloran* kararında Mahkeme, örneğin başvuru konusu elektronik iletinin tüm grubun göreceği şekilde değil, yalnızca kişinin göreceği şekilde atılmasından, iletiye konu olan uygulama hakkında başvurucunun şimdiye kadarki tutumuna kadar birçok unsuru dikkate almıştır (*Nilgün Halloran*, para. 59).

Anayasa Mahkemesi, şöhret ve itibar hakkı ile ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda dengeleme yaparken kamu menfaatlerinin de dikkate alınmasını, demokratik bir toplumun devamlılığı için hayati bulmaktadır (*İsa Gök*, para. 55). Mahkeme çatışan haklar arasında makul bir dengenin kurulup kurulmadığını anlamak için ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirmektedir. Bu noktada da anayasal hakların eşit düzeyde korunmaları gerektiğine dikkat çekmektedir (*Emin Aydın*, 74). Müdahalenin meşru bir amaçla yapıp yapılmadığı ve müdahalede bulunulurken ölçülü davranılıp davranılmadığı incelendikten sonraki aşama, AİHM'nin en önemli husus olarak gördüğü, ifade ve basın özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması halinde adil ve ölçülü bir dengenin kurulmasıdır (*Emin Aydın*, para. 69).

burada dikkatinden kaçan husus şu ki ilgili davaya konu olayda, elektronik ileti esasen yalnızca muhataba gönderilmiştir. İletinin tüm gruba gönderilmesini bu ifadelere muhatap olan kişi, bizzat kendi sağlamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin yargılamada hata yaparak davaya konu iletinin yalnızca muhataba gönderilmediğini, tersine öğretim üyesi grubuna gönderildiğini kabul etmesine de dikkat çekmiştir (AYM, *Nilgün Halloran*, para 51).

³⁵⁴³ Farklı durumlara özgü kararlar, bu paragrafta bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir.

Emin Aydın kararından yola çıkarak Mahkemenin, bir hakka (başka bir hakkın uygulanması neticesinde) yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirirken, aslında aynı zamanda iki hak arasında adil dengenin kurulup kurulmadığını incelediğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla müdahalenin ölçülü olması bir anlamda Anayasa Mahkemesine göre, iki hak arasında adil bir dengenin kurulduğu; iki hak arasında adil bir dengenin kurulduğunun tespiti ise müdahalenin ölçülü olduğu anlamına gelmektedir. Örneğin erişimin engellenmesi tedbirinin, müştekinin maruz kaldığı düşünülen zararıyla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir (*Kemal Gözler*, para. 42).

Anayasa Mahkemesinin değer yargıları içeren ifade özgürlüğünü nasıl ele aldığı önemlidir. İfade özgürlüğü açısından AİHM’yi takip eden Mahkeme, maddi olgular ile değer yargısı arasında bir ayırım yapmaktadır. Mahkeme değer yargılarının doğruluğunun kanıtlanabilir olmamasına ve bu nedenle bunun ispat edilmesinin talep edilmesinin de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ihlal anlamına geleceğine dikkat çekmektedir (*Nilgün Halloran*, para. 55). Zira maddi olgular ispatlanabilir. Değer yargıları için ise bu mümkün değildir (*İsa Gök*, para. 21). Ancak söz konusu ifade, değer yargısından ibaret olsa bile müdahalenin orantılılığı açısından, ilgili açıklamanın somut unsurlarla desteklenip desteklenmediğine dikkat edilir. Zira somut unsurlarla desteklenmeyen değer yargısının ölçüsüz kabul edilmesi ihtimal dahilindedir (*Nilgün Halloran*, para. 56; *İsa Gök*, para. 21).

d. İşçi ve İşverenin Hakları Arasındaki Çatışmalar

Devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde çıkarların dengelenmesi ve müdahalenin ölçülülüğünün denetlenmesi için daha önceki kararında genel hususları belirleyen Mahkeme, sonraki kararında somut olayda bunların doğru değerlendirip değerlendirilmediğine bakar (*E.Ü. [GK]*, para. 67). İşçi ve işveren ilişkisi açısından iletişim araçlarının işveren tarafından denetlenmesi noktasında, Mahkemenin derece mahkemelerince dikkate alınmasını beklediği hususlar şunlardır:

“Somut olayın koşullarına göre iş sözleşmelerinde kısıtlayıcı ve zorlayıcı düzenlemelerin ne şekilde belirlendiği, tarafların bu düzenlemeler hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği, çalışanların temel haklarına yönelik müdahalede bulunulmasına neden olan meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı, sözleşmenin feshinin çalışanların eylem ya da eylemsizlikleri karşısında makul ve

orantılı bir işlem olup olmadığı” (Ömür Kara ve Onursal Özbek, para. 50; E.Ü. [GK], para. 67).

E.Ü. [GK] kararında, somut olayın koşullarına uyduğu sürece dikkate alınması gereken hususlar açıkça sayılmıştır. Bunlardan biri de iletişim sürecinin incelenmesinin, ilgili çalışan üzerindeki etkisi ve sonuçları göz ardı edilmeden işveren ile işçi arasında adil bir dengelemenin sağlanıp sağlanmadığına bakmaktır (E.Ü. [GK], para. 70). Başvuruya konu olayda, başvurucunun kurumsal e-posta hesabı üzerinden yaptığı iletişimin izlenebileceği ve denetlenebileceği yönünde işveren tarafından açıkça bilgilendirme gerçekleşmemiş, bu e-posta içerikleri gerekçe gösterilerek sözleşme feshedilmiş, fakat yargılama sürecinde bu müdahalenin hukuki dayanağı ve bilgilendirmenin yapıldığı ortaya konmamıştır. Üstelik başvuru bu yönde talepte bulunmuş olmasına rağmen, derece mahkemeleri bu talebi tartışmamıştır. Neticede, işverenin bu yazışma içeriklerine diğer kişilerin rızası hilafına eriştiği ve incelediği, konuyla ilgili olmayan içeriklere dahi müdahale ettiği göz önünde de tutulduğunda özel hayatın (Anayasa madde 20) ve haberleşme hakkının (madde 22) ihlal edildiği kararı verilmiştir (E.Ü. [GK], para. 75-79). Bununla paralel olarak, benzer bir olayı içeren bir başka davada bu hususlara dikkat edildiği için Mahkeme ihlal kararı vermemiştir³⁵⁴⁴.

İşçinin özel hayatı temel alınarak ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshinde, Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinden, işçinin özel hayatına saygı hakkı kapsamında çıkarları dengelerken ve müdahalenin ölçülülüğünü incelerken özenli bir yargılama beklemektedir (H.Ç., para. 40). İş feshinin meşru amaca uygun ve orantılı olup olmadığı göz önünde tutularak, adil bir dengeleme sağlanmalıdır. Yalnızca iş yerinde yaşanan, ancak işin işleyişine etkisi olmayan ilişki nedeniyle feshi kabul etmek, menfaatler arasındaki dengenin işveren lehine, ancak işçi aleyhine bozulmasına yol açacaktır (H.Ç., para. 43).

Mahkeme işçinin iş yerinde başka bir işçiyle ilişkisi nedeniyle sözleşmesinin feshedildiği bir olayı değerlendirmiştir. Mahkeme, böyle bir ilişkinin sözleşmesi feshedilen işçi tarafından alenileştirildiği ve ilişkinin iş yeri için iş akdinin

³⁵⁴⁴ AYM, *Celal Oraj Altunörgü*, B. No. 2018/31036, 12/1/2021. Ayrıca iş sözleşmesinin sona erdirilmesi kapsamında, Mahkemenin işçi ve işveren açısından nasıl değerlendirme yaptığına dair genel olarak bkz. Hilal Yazıcı, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı”, *Anayasa Yargısı* 38, no. 2 (2021): 99–141.

sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği kadar olumsuz etkilerinin olduğunun, işveren tarafından ortaya konmasını beklemiştir. Yeterli bir araştırmanın yapılmaması ve olaya özgü gerekçenin sunulmaması da göz önünde tutularak olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde, feshin amaca uygun ve orantılı olup olmadığı değerlendirilerek işveren ve işçinin çıkarları arasında adil bir dengeyi sağlayacak özel bir yargılamanın yapılmamış olduğuna kanaat getirmiştir (*H.Ç.*, para. 46).

Anayasa Mahkemesinin iş davalarında adil dengeyi nasıl değerlendirdiği konusunda bize fikir veren kararlardan biri de *T.A.A.*³⁵⁴⁵ kararıdır. Bu karar Anayasa Mahkemesinin alternatif yolların aranması gerektiğine dikkat çekmesi açısından önemlidir. Başvuruda HIV pozitif olan çalışanın iş akdini sona erdirmeye zorlanması nedeniyle maddi ve manevi varlığının korunmasına dair haklarının ve özel hayata saygı hakkı ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Burada işverenin iş yerinde huzur ve disiplini sürdürmekten elde edeceği faydalar ile başvurucunun özel hayata saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı arasında bir çatışma vardır.

Çatışmanın varlığını kabul eden Anayasa Mahkemesine göre, işçinin çıkarlarının korunması çerçevesinde titiz bir dengeleme için, işçinin iş sözleşmesinin zayıf tarafı olduğu ve üstelik HIV pozitif olmasından ötürü de toplumda zayıf bir konumda olduğu göz önünde tutulmalıdır. Kesici aletlerin de kullanılabildiği iş yerinde, HIV hastalığının bulaşma riskinin küçük de olsa varlığı kabul edildiği için işverenin müdahalesinde meşru bir amacın olduğu kabul edilmiştir. Ancak özellikle eşit davranma borcu açısından somut olayın koşullarına bakılmıştır (*T.A.A.*, para. 97-98).

Anayasa Mahkemesi; gerek iş mahkemesinin gerek Yargıtay'ın hastalığın “bulaşıcı” olmasına odaklanarak, tek çözüm olarak işçinin işten uzaklaştırılmasını kabul ettiğine ve işçinin diğer çalışanlar için risk oluşturmayacak başka bir pozisyonda çalıştırılma imkanını değerlendirme konusunda işverenin yükümlülüğünün olup olmadığını değerlendirmedikçe dikkat çekmiştir (*T.A.A.*, para. 99). Nihayetinde işten ayrılmaya zorlanan işçinin bu konudaki iddiasının incelenmemiş olması, işverenin

³⁵⁴⁵ AYM, *T.A.A.*, B. No. 2014/19081, 1/2/2017. Karara dikkatimizi çeken eser Yazıcı, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı”, 124.

alternatif iş imkanlarını incelemesi konusundaki yükümlülüğü için bir değerlendirme yapılmaması dikkate alınarak, kamu makamlarının maddi ve manevi varlığın korunması ve özel hayata saygı hakları konusunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediikleri anlaşılmıştır (T.A.A., para. 100).

6. Anayasal Hakkın Anayasal Değerlerle Çatışması

Aslında, anayasal haklar ile anayasal değerlerin çatışmasını, çalışmamızın kapsamı dışında olduğunu söylemiştik. Bununla birlikte FAYM'nin çatışma çözüm tutumunu ele alırken, çatışmanın diğer tarafında anayasal statüdeki değerlerin dikkate alınmasındaki (özellikle de bu değerlerin belirlenmesinde ve çok geniş ele alınmasında) sorunlara değinmiştik. Burada, kısaca Türk Anayasa Mahkemesinin kararlarına bakacağız.

Anayasal değerler konusunda çalışmamızın bu aşamasında bizi ilgilendiren konu, Anayasa Mahkemesinin, kimi çatışmaları anayasal hak çatışmaları olarak ele alabileceken bunu yapmayıp, üstün kamu yararı veya kamu düzeni gibi özel sınırlama nedenini çağrıştıran ve esasen Anayasadan kaynaklanan hiçbir kanıtla gerekçelendirilmeyen referanslara başvurusudur³⁵⁴⁶.

Eskilerden bir karara bakarsak 1967 yılındaki İhtira Beratı kanununa ilişkin kararında Mahkeme, ilaçlara patent verilebilir mi sorusunu bilim ve sanat özgürlüğü hakkı ile sağlık hakkının çatışması olarak ele almak yerine, soyut bir kamu yararı türetip, bu yararı Anayasa içi referanslarla desteklemeden, daha üstün tutmuştur³⁵⁴⁷. Patent hakkı 1961 Anayasasında özel sınırlama sebebi içeren mülkiyet hakkı ile değil, sınırlama sebebi içermeyen bilim ve sanat özgürlüğü ile bağlantılandırılmıştır³⁵⁴⁸. Oysa Mahkeme, sağlık hakkına dayanarak bu hak ile bilim ve sanat özgürlüğü arasında makul bir dengenin kurulup kurulmadığını denetleyebilirdi³⁵⁴⁹.

³⁵⁴⁶ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 56.

³⁵⁴⁷ *Ibid.*, 56; Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 143. İlgili karar: Anayasa Mahkemesi, 28 Aralık 1967 tarihli E. 1967/10, K. 1967/49 sayılı Karar, RG, 30.01.1969, 13114. Oder'in bu kapsamda ele aldığı Mahkeme kararları ve değerlendirmeleri için bkz. *Ibid.*, 143-154.

³⁵⁴⁸ *Ibid.*, 143.

³⁵⁴⁹ *Ibid.* Anayasa Mahkemesi, 28 Aralık 1967 tarihli E. 1967/10, K. 1967/49 sayılı Karar. Yazarın benzer açıklamalara yer verdiği diğer eseri Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 56.

Yukarıdaki örnek kararda, Anayasa Mahkemesi hak çatışmalarını daha sistematik ele alma ve hakları tüm boyutlarıyla değerlendirme fırsatını da kaçırmıştır³⁵⁵⁰. Bunun bir diğer önemli örneği, kamuoyunda ve literatürde de sıkça tartışılmış ve bizim yukarıda teorik meseleyi tartışırken kısaca örnek verdiğimiz, tütün ürünlerinin tüketimine ilişkin yasaktır.

Tütün ürünlerinin kahvehanelerde tüketimini kati biçimde yasaklayan kanun hükmünün değerlendirilmesine dair kararda³⁵⁵¹ mevzubahis olan, sigara içenlerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakları ile kahvehane işletenlerin çalışma ve sözleşme özgürlükleri ile sigara içmeyenlerin maddi ve manevi hakları ile sağlık haklarının çatışmasıdır³⁵⁵². Anayasa Mahkemesi, konuyu böyle bir çatışma modeli kapsamında hak ve özgürlüklerin somutlaşması yönünde değerlendirmek yerine, kişinin başkalarının haklarına karşı ödevleri ile devletin, sigara içmeyenleri ve halkın sağlığını koruma yükümlülüğünden yola çıkmıştır. Mahkeme çatışmadaki hakları dengelemek ve pratik uyuşuma tabi tutmak gibi bir tutumu ise izlememiştir³⁵⁵³.

Anayasa Mahkemesinin, bir özgürlük ile anayasal değeri dengelemeye çalıştığı kararlar da olmuştur. Örneğin Mahkeme, çalışma özgürlüğü ile hukuk devleti ilkesini ya da adil yargılanma hakkı ile yargıya ilişkin anayasal ilkeleri dengelemeye çalıştığı kararlar vermiştir³⁵⁵⁴. Bu kararlarında ise “karşılıklı etkileşim” yani söz konusu hak ve özgürlükler ilke arasındaki ilişkiyi daha ayrıntılı izah etmesi, özgürlüğü tüm boyutları ile ele alabilmesi açısından daha iyi olurdu³⁵⁵⁵. Ancak vurgulamak istediğimiz daha önemli nokta, herhangi bir somut olayı anayasal hakların çatışması ile beraber ele almak mümkün iken, Mahkemenin kamu düzeni veya genel sağlık gibi genel sınırlandırma sebeplerini andıran soyut terimlere dayanmaması gerektiğidir.

Bu noktada çok güncel olan Covid-19 tedbirlerine bakarak, açıklamalarımızı biraz daha ayrıntılandırmak istiyoruz. Dünya Sağlık Örgütünün 11 Mart 2020’de salgın olarak

³⁵⁵⁰ *Ibid.*, 57.

³⁵⁵¹ Anayasa Mahkemesi, 6 Ocak 2011 tarihli E. 2010/58, K. 2011/8 sayılı Karar

³⁵⁵² Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 57; Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 159-160. Ayrıca bkz. söz konusu kararda Engin Yıldırım’ın karşı oy yazısı.

³⁵⁵³ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 57; Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, 159-160.

³⁵⁵⁴ Oder, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması”, 56.

³⁵⁵⁵ *Ibid.*, 56-57.

ilan ettiği Covid-19 pandemisinden³⁵⁵⁶ sonra, salgınla mücadele etmek amacıyla Türkiye dahil olmak üzere farklı ülkelerde birçok tedbir alınmıştır. Bu tedbirler en başta kişinin bireysel özerk karar alma yetkisine müdahale oluşturmaktadır³⁵⁵⁷. Bu tedbirlerin belki de en önemli ortak özellikleri, hak ve özgürlüklere –başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için dahi olsa- müdahale oluşturmaları, böylece birçok hak çatışmalarına yol açmalarıdır. İşçi ile işveren hakları arasındaki çatışma, sokağa çıkma yasakları sonucunda seyahat hürriyeti ve/veya kişi özgürlüğü ile başkalarının sağlık hakkı arasındaki çatışma ve aşı zorunluluğundan ötürü kişinin özel yaşama saygı hakkı ile vücut bütünlüğü arasındaki çatışma gibi birçok durum, bu tedbirlerin doğrudan veya dolaylı sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Hatta bir tarafta sağlık hakkının varlığı kabul edildiğinde bu çatışmanın karşı tarafında özel yaşamın gizliliği, toplanma özgürlüğü veya adil yargılanma hakkı dahil bulunabilir³⁵⁵⁸.

Öncelikle belirtelim ki bizim ele aldığımız çalışma, olağan dönem için geçerli olan bilgileri içeren bir çalışmadır. Olağan dönem hak ve özgürlüklerin korunması rejimi ile olağanüstü hak ve özgürlüklerin korunması rejimlerinin aynı olmadıklarını, fazladan bir cümle dahi yazmaya gerek kalmadan hatırlatmak yeterli³⁵⁵⁹. Olağanüstü hal ilan edilerek Covid-19 salgını ile mücadele edilecek olsaydı -bu birçok ulusal düzenleme için mümkündür, ancak biz kendi Anayasamız için konuşalım- Anayasanın 15’inci maddesi ve 119’uncu maddesindeki “tehlikeli salgın hastalık” sebebine dayanılarak Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen bir olağanüstü hale dayanarak, bütün tedbirler 15’inci maddeye uygun olarak alınabilecekti³⁵⁶⁰. Bu durumda Devletin bu salgınla

³⁵⁵⁶ Bkz. https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2 (erişim tarihi: 14.04.2022).

³⁵⁵⁷ Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?” <https://sarkac.org/2021/09/bertil-emrah-ile-soylesi-pandemi-ve-diger-olaganustu-haller-icin-neden-yeni-kanunlar-gerekli/> (erişim tarihi: 30.04.2022)

³⁵⁵⁸ Bu hakların dışında, her ne kadar çatışma bağlamında ele almamışsa da salgın hastalığa yönelik tedbirlerin etkileyebileceği birçok hakka yer veren çalışma için bkz. Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, no. 17 (2020): 65 vd. Dolayısıyla bu hakların her biri diğer tarafta başkalarının sağlık hakkının yer aldığı bir çatışmanın tarafı olabilir.

³⁵⁵⁹ Bkz. Kemal Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele için Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, 1/14. <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (erişim tarihi: 30.03.2022).

³⁵⁶⁰ Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele için Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, 2/14. Ayrıca Mine Kasapoğlu Turhan, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, *Inonu University Law Review* 11, no. 2 (2020): 560. Olağanüstü hal ilan edilseydi dahi, Olağanüstü Hal Kanununun 9’uncu maddesindeki tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle alınacak tedbirlerden biri sokağa çıkma yasağı değildir. *Ibid.* Salgınlar ve büyük

mücadele etmesinde eli daha güçlü olacaktı, çünkü olağanüstü dönemlerde hakların korunması çok daha düşük bir düzeyde sağlanmaktadır³⁵⁶¹. Bu da özgürlük- güvenlik ilişkisinde güvenlik³⁵⁶² tarafında olanların çok daha rahat olmalarını sağlamak demektir.

Elbette hak ve özgürlüklerin korunması açısından uzun bir dönem sürecek olan bir olağanüstü hal yönetimi savunulamaz³⁵⁶³. Ancak olağanüstü hal ilan edilseydi, en azından bu şekilde, olağan halde olağanüstü hal yönetimini sürdürerek hak ve özgürlüklere müdahale etmeye nazaran daha dürüst ve öngörülebilir bir ortam oluşacaktı. Bununla beraber Türkiye’de olağanüstü hal ilan edilmemiş, dolayısıyla salgınla mücadele tedbirlerinin olağan dönemler için geçerli olan Anayasanın 13’üncü maddesine göre ele alınması gerekmiştir³⁵⁶⁴. Bu durum, anayasal hak çatışmaları konusundaki açıklamalarımızı Covid-19 salgınına yönelik tedbirlerle ortaya çıkan durumlar için değerlendirmemize de imkan tanımaktadır.

Anayasanın 13’üncü maddesi gereği, bir temel hak ve özgürlük, ancak kanunla sınırlanabilir. Ülkemizde sokağa çıkma yasakları, maske takma zorunluluğu, şehirlerarası seyahat yasakları şeklinde tedbirler kanunî bir dayanak olmaksızın uygulanmıştır. Dolayısıyla kanuna dayanma şartı –istisnai yasal dayanağı olan tedbirler hariç- sağlanmamıştır³⁵⁶⁵.

Her ne kadar Anayasanın 13’üncü maddesinde aranan şartlar kümülatif şartlar³⁵⁶⁶ olsa da kanuni dayanak şartını bir kenara bırakıp “anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere” dayanma şartına bakmak istiyoruz. Yukarıda ayrıntılarıyla tartıştığımız anayasal hak hükmünde sınırlama sebebi olmazsa veya müdahalenin gerekçesi olacak durum, ilgili hak normunda özel sınırlama sebebi olarak öngörülmemişse hakkın bu sebeple sınırlanıp sınırlanamayacağı sorununa geliyoruz.

çaplı afetler gibi durumlar için klasik olağanüstü yönetim usullerine başvurmanın gerekli olmadığına dair bkz. Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?”.

³⁵⁶¹ Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele için Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, 1/14.

³⁵⁶² Tüm ülkeyi etkileyen bir sağlık sorununu güvenlikle ilişkilendirmek, sanırız hiç de yanlış olmayacaktır.

³⁵⁶³ Özellikle salgın gibi dinamik ve kendine özgü bir süreç yönetimini gerektiren, ayrıca bilimsel bilgi ve gelişme ile doğrudan bağlantılı bir hal için daha atipik “ara bir yapı”yı savunan bkz. Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?”.

³⁵⁶⁴ Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele için Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”.

³⁵⁶⁵ *Ibid.*, 3/14. Örneğin, sokağa çıkma yasağının yasal dayanağı olmadığına dair bkz. Turhan, “Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, 554-557.

³⁵⁶⁶ Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele için Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, 3/14.

Burada her şeyden önce “genel sağlık” sebebine dayanarak hakların sınırlanıp sınırlanamayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya Gözler’in yanıtı nettir. Seyahat özgürlüğü (madde 23), mülkiyet hakkı (madde 35), hak arama özgürlüğü (madde 36), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (madde 48), “genel sağlık sebebiyle *kanunla* dahi sınırlanamaz.”³⁵⁶⁷

Gerçek olan ve kaçamayacağımız bir husus var ki, o da anayasal hak çatışmalarının da Covid-19 tedbirleriyle ortaya çıktığıdır. Bu nedenle biz konuyu genel sağlık şeklinde bir genel sınırlama klozu yerine, başkalarının sağlık hakkı ile beraber ele almayı tercih ediyoruz. Bu ikisi arasında bir ayırımın olmadığını iddia edenler çıkabilir. Biz buna kesinlikle katılmıyoruz. Genel sağlık gibi belirsiz ve somutlaştırılması çok zor bir kavram yerine, doğrudan Anayasanın 17’nci maddesinden çıkarılan sağlık hakkının ve 56’ncı maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının, başkalarının hakları olarak somutlaşmasıyla bir sınırlama nedeni olarak ortaya çıkması arasında önemli bir farkın olduğunu düşünüyoruz. Covid-19 tedbirlerinin anayasal hak çatışmaları kapsamında değerlendirmesini bu başlığa almamızın sebebi de doğrudan bununla bağlantılıdır: Hak çatışmaları gibi daha spesifik, somut ve belirli olarak değerlendirilebilecek ve böylece daha rasyonel bir karar alma süreci ile sonuçlanacak bir perspektif yerine, anayasal hakkın karşısına anayasal değer konmasının doğru olmadığını göstermek!

Burada çok önemli bir parantez açmamız gerekmektedir. Çalışmamızın başında ve ilgili yerlerde, anayasal hakların çatışmasını sadece bireylerin haklarının çatışması bağlamında ele aldığımızı, anayasal haklar ile kamu düzeni, genel sağlık, kamu refahı vb. soyut ve genel kavramlar ya da anayasal statüdeki anayasal değerler (hükümler, çıkarlar vs.) arasındaki çatışmaları, çalışmamızın kapsamı dışında tuttuğumuzu belirtmiştik. Hatta

³⁵⁶⁷ Vurgu yazara aittir. *Ibid.*, 3/14. Bu arada Gözler, çalışmasında genel sokağa çıkma yasağının yasal dayanağı olduğu iddia edilebilecek düzenlemeleri değerlendirmekte ve neden yasal dayanak olamayacaklarını göstermektedir. Keza yazar, maske takma zorunluluğunun yasal dayanağının neden olmadığını açıklamaktadır. *Ibid.*, 3-7/14. Bu konuya, çalışmamızı doğrudan etkilemediği için daha fazla yer vermek istemiyoruz. Gözler ile aynı fikirde olan Kasapoğlu Turhan, “Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, 560. Covid-19 tedbirleri için dayanak olarak gösterilen 1593 sayılı Umumi Hıfzıssaha Kanunu’nun da tedbirler için yeterli bir yasal dayanak oluşturmadığına dair ayrıca Mine Kasapoğlu Turhan, “Kamu Düzeninin Sağlanmasında Genel Sağlık Unsuru ile İdarenin Görev ve Yetkileri”, içinde *İnsan Hakları Perspektifinden Covid-19’a Karşı Aşılma Uygulamaları Çalıştayı* (Ankara: Elma Teknik Basım Matbaacılık, 2022), 36, https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643477012.pdf.

bu tür çatışmaları gerçek olmayan anayasal hak çatışmaları olarak nitelemiş ve bu tür bir durumda, genelde devletin müdahalesinin orantılılığının tartışıldığını da vurgulamıştık. Bu konuyu çalışmamızın kapsamı dışında tutmamızın sebeplerinden biri, anayasal değerlerin çoğunlukla genel ve soyut kavram olmasıydı. Bir diğeri ise ölçülülük ilkesine yöneltilecek eleştirileri haklı kılabilecek şekilde bu kavramlara dayanarak hakların sınırlandırılmasını ele almak ve dolayısıyla çalışmamızı ölçülülük ilkesinin meşruluğu, anayasallığı ve işlenişi gibi konuları ele alan bir çalışmaya dönüştürmek istemeyişimizdi. Ancak bu tür bir açıklamadaki, şu hassas soruyu görmezden gelmiyoruz: Bir hak ne zaman başkalarının hakkı olmaktan çıkıp “kamu düzeni” kapsamı altına girebilir veya örneğin başkalarının sağlık hakkı değil de “genel sağlık” gibi bir sebep kapsamına girer? İşte bu sorunun cevabı önemlidir.

Bir anayasal hakkın kamu düzeni veya genel sağlık gibi anayasal olarak güvence altına alınmış bir hükümle çatışmasını konumuz dışında tutarken, somutlaştırılabilecek şekilde “başkaları”nın sağlığının gündeme geldiği noktada, bunu çalışmamızın kapsamı altına almaktayız. Kuşkusuz bunun net, belirgin bir ölçütü yoktur. Bunun için her somut olayın özelliğine bakmak gerekir. Ama çoğu durumda bu soruya cevap vermek de mümkündür. Örneğin gösteri yürüyüşünün yapıldığı bir yerde, o gösterinin başkalarının hakkıyla çatıştığı o trafiği kullanacaklar için kesindir. Burada o trafikten o an için kimlerin veya kaç kişinin geçtiğinin önemi yoktur. Öyleyse “kamu düzeni”nden öte başkalarının, “seyahat özgürlüğü”nden yola çıkmak mümkün görünmektedir.

İşbu nedenle genel sağlık sebebine dayanılarak anayasal hakların sınırlandırılması yoluna gidilmesinin anayasaya aykırı olacağı düşüncesine katılmaktayız.³⁵⁶⁸ Bu durum her ne kadar Anayasada genel sınırlama sebeplerine ihtiyaç duyulduğunu gösterse de, bu ihtiyaç tek başına hak ve özgürlüklerin korunmasını böyle zayıf bir konuma düşürmeyi haklı kılamaz. Ancak bu çıkarım, anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan bir sınırlama durumunu savunmamıza engel değildir. Karantina uygulamasının, kişilerin seyahat özgürlükleri ile kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının başkalarının sağlık haklarıyla çatışması karşısında mümkün olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Covid-19 testi pozitif çıkan bireyin, yaşadığı alandan çıkması halinde bir başkasıyla temasa girebileceği ve bu durumda başkasının sağlık hakkını tehlikeye atacağı çok aşikardır. Bu

³⁵⁶⁸ Karşı görüş için bkz. Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, 66-69 vd.

nedenle genel sağlığa dayanan genel bir sokağa çıkma yasağı Anayasaya aykırı olmakla beraber, enfekte olmuş bireye belirli bir süreyle sınırlı olmak ve belli imkanlar tanınmak şartıyla Anayasaya uygun olarak karantina zorunluluğu getirilebilecektir.

Sağlık hakkını güvence altına almış anayasal sistemlerde salgına yönelik tedbirler, kamu sağlığı ve anayasa hukuku arasındaki ilişkiyi de tartışmalı hale getirmektedir³⁵⁶⁹. Örneğin Oder, zorunlu aşı uygulamasıyla, kişinin bireysel özerkliğine ve bedenine yapılacak müdahaleler ile kamu sağlığı arasında bir dengenin aranmasının gerekeceğine dikkat çekmektedir. Yalnızca kişinin vücut bütünlüğünü veya irade özerkliğini koruyan hakları dikkate alındığında ve sağlık hakkı dikkate alınmadığında başkalarının sağlık hakkı ciddi ve ağır bir riske maruz kalabilir³⁵⁷⁰. Yere, kişiye ve zamana dayalı sağlık temelli bilimsel gerekçelere ve hastalığın yarattığı riske dayanarak istisnaların da tanımlandığı belli koşullarda zorunlu aşı kabul edilebilir³⁵⁷¹. Bu arada Anayasanın 17'nci maddesi, “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında” diyerek aslında vücut bütünlüğüne dokunma ve dolayısıyla aşı zorunluluğu getirme imkanı tanımaktadır. Biz meseleyi yalnızca çatışma açısından ele aldığımız için bu noktayı fazla açmıyoruz.

Salgına yönelik tedbirlerle beraber, Oder'in de belirttiği gibi farklı bireylerin haklarının veya farklı grupların haklarının çatışmasını ilgilendiren zor bir soruyla karşılaşmaktayız. Yazar, çözüm olarak dengeleyici bir yaklaşım önermektedir³⁵⁷². Yazar kişilerin durumları –öğrenci veya çalışan olmaları yahut buldukları yaş aralığı gibi-, söz konusu tedbirlerin uygulanacağı mekanların konum ve statüleri gibi birçok etken gözetilerek ve farklılaştırılarak “her kişi, eylem ve mekan kümesi için bir adil dengeleme”nin sağlanabileceğini iddia etmektedir³⁵⁷³.

Bize göre, öncelikle genel sınırlama sebepleri olmadığı halde, varmış gibi anayasal hakları sınırlandıramayacağımız gerçeğiyle yüzleşmeliyiz. Elbette “genel sağlık”, ilgili anayasal hak için sınırlandırma sebebi olarak öngörölmüşse bu defa da Anayasanın 13'üncü maddesine uygun bir şekilde sınırlandırmanın yapılıp yapılmadığı

³⁵⁶⁹ Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?”.

³⁵⁷⁰ *Ibid.*

³⁵⁷¹ *Ibid.*

³⁵⁷² *Ibid.*

³⁵⁷³ *Ibid.*

gündeme gelecektir³⁵⁷⁴. Anayasanın bütünlüğü ilkesi ve devletin, anayasada güvence altına alınmış haklar bakımından vatandaşlara karşı pozitif yükümlülüklerinin mevcudiyeti gereği, sınırlanamayan veya ilgili sınırlama sebebini içermeyen anayasal haklar, ancak bir çatışma gerekçesiyle sınırlandırılabilir. Böyle bir sınırlandırmada, bir tarafın galip olacağı –ki çok yüksek ihtimalle bu başkalarının sağlık hakkı olacaktır- ve diğerinin, yani sağlık hakkı dışındaki anayasal hakların, kaybeden olacağı bir sonuçtan kaçınmak gerekir. Tam bu noktada pratik uyuşumu gündeme getirmeliyiz.

Pratik uyuşum, olabildiğince iki tarafın da korunmasını sağlayacak alternatifler ve mekanizmalar üretmeyi gerektirir. Kamu yönetimini de ilgilendiren bu kadar karmaşık bir konuda, hakları korumak adına pratik uyuşumu sağlayabilmek için “ülke genelinde”, “tüm vatandaşlar”, “18 yaş altı” ve “65 yaş üstü” gibi yahut “tüm işçiler” gibi genele uygulanacak tedbirler yerine, spesifik olarak belirlenmiş yer, kişi grubu ve süre ile beraber tüm somut koşullar dikkate alınarak tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu aşamada da yasama ve yürütmenin ilişkisi ile bunu denetleyecek yargı mekanizması devreye girmekte, çalışmamızda ele aldığımız yasamanın soyut-genel dengelemesi ve anayasa mahkemesinin meşruluğu kısmında değindiğimiz, önemli konular gündeme gelmektedir.

Çatışmaları çözmekte asıl yetkili organın yasama organı olduğunu, yasama organının teknik ve karmaşık konularda daha doğru kararlar vereceğini ve geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştik. Oder’in de belirttiği gibi “salt biçimsel hukuka ya da tek yanlı biçimde bireysel özerkliğe veya kamu sağlığına dayanarak çözemeyeceğimiz derin ve hassas bir sorun”la karşı karşıyayız³⁵⁷⁵. Dolayısıyla her şeyden önce, ortaya çıkacak çatışmaları çözmeye yönelik olarak, yürütme ve yargının takip edebileceği kanuni düzenlemelere ihtiyaç vardır. Hızlı önlemlerin alınmasının ve idarenin teknik bilgisinin gerekebileceği yerde ise idareye geniş bir takdir yetkisinin tanınması, bu yasal düzenlemede dikkat edilecek hususlardan biri olmalıdır.

³⁵⁷⁴ Anayasada “genel sağlık”ın sınırlama sebeplerinden biri olarak düzenlendiği maddeler: “AY m. 20 (özel hayatın gizliliği), m.21 (konut dokunulmazlığı), m.22 (haberleşme hürriyeti), m.31 (kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı), m.33 (dermek kurma hürriyeti), m.34 (toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı), m.51 (sendika kurma hakkı), m.125/6 (yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılması)”. Kasapoğlu Turhan, “Kamu Düzeninin Sağlanmasında Genel Sağlık Unsuru ile İdarenin Görev ve Yetkileri”, 34.

³⁵⁷⁵ Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?”.

Zorunlu aşı örneğinden yola çıkalım. Aşı olmayan işçinin iş yerine gelemeyeceği veya Covid-19 pozitif olması halinde sözleşmesinin işçinin kusuru nedeniyle feshedilebileceği düzenlemesi, kamu sağlığı veya genel sağlık sebebi ile savunulamaz. Burada somut bir şekilde varlığını iddia edeceğimiz “başkalarının hakları”, başka bir deyişle çalışanların sağlık hakkı ve işverenin kendi iş yerinde sağlıklı bir çalışma ortamını oluşturabilme hakkı söz konusudur. Bir yandan Anayasanın 17’nci maddesinde güvence altına alınan vücut bütünlüğü ve elbette kişilik hakkı, öte yandan aynı maddeden kaynaklanan diğer işçilerin sağlık hakkı çatışmaktadır. Bu çatışmada aşı olmak istemeyen işçiye aşı yükümlülüğü getirmek yerine, pratik uyum kapsamında değerlendirilebilecek tedbirler uygulanabilir. Örneğin Almanya’da Baden-Württemberg ve Kuzey Ren-Vestfalya Eyaletleri, aşı olmayan işçilerin enfekte olmaları halinde çalışmadıkları dönemdeki kazanç kayıplarının karşılanmayacaklarını düzenlemişlerdir. Ayrıca aşı olmamış kişinin temaslı olması sebebiyle karantinaya alınması halinde, artık sağlık raporu alınamayacak ve kişinin işe gidemediği zaman dilimi yıllık izninden veya ücretli izninden düşecektir³⁵⁷⁶. Biz bu tedbirlerin Anayasanın sınırlama maddesine uygun olarak öngörüldükleri sürece makul çözümler olduğunu düşünüyoruz. Elbette bu durum dolaylı bir aşı zorunluluğu anlamına gelmektedir. Ama epidemi olarak ilan edilmiş bir hastalık türünün ciddiyetini göz önüne aldığımızda, bu tedbirler bize makul görünmektedir³⁵⁷⁷.

Belirttiğimiz gibi, tedbirlerin uygulanmasında, hak sahiplerinin konumları ve ilgili hakkın kullanılacağı yer ve zaman dikkate alınmalıdır. Örneğin Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti İdare Mahkemesi’nin bir kararında ortaya koyduğu gibi:

“Herkesin maske taktığı ve oturduğu bir ortamda yapılan konser ile fiziki mesafenin çok az olduğu bir disko ya da bardaki insidans oranı hiç şüphesiz aynı olmadığı için, aşı olmayan kişilerden negatif PCR testi istenmesine yönelik müdahale meşrudur ve orantılıdır”³⁵⁷⁸.

Keza özel işletme olan bir kafeye, aşısız girilmesi engellenemeyecekse de, yalnızca aşı olmadığı için bir öğrencinin üniversiteye alınmaması kabul edilemez. Eğitim

³⁵⁷⁶ Mert Duygun, “Zorunlu Aşı Uygulaması: Almanya Örneği”, *İnsan Hakları Perspektifinden Covid-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayı* (Ankara: Elma Teknik Basım Matbaacılık, 2022), 58, https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643477012.pdf.

³⁵⁷⁷ Bu noktada ilgili aşının gerçekten de önleyici bir işleve sahip olup olmayacağı, yan etkilerin ne kadar ağır olduğu, buna katlanmayı gerektirecek kadar hafif olup olmadığı ve bunun gibi birçok durum elbette yasamanın bilimsel gelişmeler kapsamında dikkate alınması gereken hususlardır.

³⁵⁷⁸ Duygun, “Zorunlu Aşı Uygulaması: Almanya Örneği”, 57-58.

hakkının ihlal edilmemesi için öğrencinin uzaktan eğitim yoluyla da olsa dersleri takip etmelerini ve sınavlara girebilmelerini sağlayacak bir sistemin inşa edilmesi gerekir³⁵⁷⁹.

Bir başka örnek olarak, pandemi ile mücadelede toplantı özgürlüğü ile sağlık hakkının çatışmasını ele alalım. Başkalarının sağlık hakkı ile toplantı gösteri yürüyüşü hakkı arasında ortaya çıkan çatışmalarda, haklardan birini tamamen korumasız bırakmamak ve bu haklar arasında her ikisinin de optimal düzeyde geçerliliklerini koruyacak şekilde pratik uyum sağlamak gerekir³⁵⁸⁰. Bu nedenle doğrudan ilgili toplantıyı yasaklamak yerine, daha hafif önlemler alınmalıdır³⁵⁸¹. Örneğin toplantıya katılacaklara maske zorunluluğunun getirilmesi³⁵⁸², katılımcılar için fiziki mesafe aranması ve açık havada geniş bir yüz ölçümünde toplantının yapılmasının gerekmesi gibi³⁵⁸³ tedbirlere başvurulacak, iki hakkın çatışması arasında pratik uyum sağlanabilir³⁵⁸⁴. Bunlar dikkate alınarak uygulanacak tedbirler, Anayasa Mahkemesinin toplantı ve gösteri yürüyüşüne yönelik müdahalelerde bu hakkın kullanılmasının ortaya çıkardığı yarardan daha ağır gelen, dolayısıyla korunması gereken menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların somut olgulara dayanılarak gösterilmesi gerektiği yönündeki içtihadı (*Yasin Agin ve Diğerleri*³⁵⁸⁵, para. 55; *Dilan Ögüz Canan*³⁵⁸⁶, para. 33) ile de tutarlı olacaktır³⁵⁸⁷. Pratik uyumunda somut olayın koşullarının önemli olduğunu söylemiştik. Örneğin salgınla mücadele kapsamında toplantı hakkının kullanılmasına yapılacak müdahale için risk altındaki sağlıklı bireylerin belirli sürede

³⁵⁷⁹ Benzer şekilde Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?”; Duygun, “Zorunlu Aşı Uygulaması: Almanya Örneği”, 57.

³⁵⁸⁰ Sinder, “Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen”, 104 vd.; Duygun, “Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi”, 1551-1152.

³⁵⁸¹ Aynı yönde bkz. Holger Schmitz ve Carl-Wendelin Neubert, “Praktische Konkordanz in der Covid-Krise Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen”, *NVwZ* (2020): 668, <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NVWZ-B-2020-S-666-N-1>; Duygun, “Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi”, 1552.

³⁵⁸² Konuya ilişkin bkz. Wolfgang Hecker, “Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht”, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/> (erişim tarihi: 30.05.2021).

³⁵⁸³ Sinder, “Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen-Zeit”, 106.

³⁵⁸⁴ Duygun, “Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi”, 1552.

³⁵⁸⁵ AYM, *Yasin Agin ve diğerleri* [GK], B. No. 2017/32534, 21/1/2021.

³⁵⁸⁶ AYM, *Dilan Ögüz Canan* [GK], B. No. 2014/20411, 30/11/2017.

³⁵⁸⁷ Dikkat çeken Duygun, “Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi”, 1551-1552.

hastalığa yakalanma ölçütü ve yine hastalığın bulaşıcılık oranları ve bunun gibi hususlar göz önünde tutulmalıdır³⁵⁸⁸.

Özellikle salgına yönelik tedbirlere yönelik olarak, Oder'in deyimiyle, "acil yetkilendirici, sınırlar ve ilkeler belirleyecek genel kamu politikasını gösteren bir hukuksal çerçeveye", yani "hukuksallaşmış bir kamu politikası"na ihtiyaç vardır³⁵⁸⁹. Bu da bize göre, yasama organının çatışan hakları dengelemek için soyut-genel düzenlemeler yapması gerekliliğinden başka bir şey değildir. Anayasa Mahkemesinin denetiminin bu düzenlemelere dayanarak gerçekleşmesi çok daha sağlıklı olacaktır. Anayasa Mahkemesi istisnai olarak ve yasama organının takdir yetkisini de göz önünde tutarak, koruma yükümlülüğüne aykırılık tespit ederse, ancak o zaman kendisi somut dengelemeye başvurabilecektir.

³⁵⁸⁸ *Ibid.*, 1552.

³⁵⁸⁹ Sarkaç, "Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?". Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi, yüz yüze eğitim yasağı tedbirinin anayasaya uygunluğunu aile hayatının korunması ve mesleki faaliyetlerini yürütmeleri açısından değerlendirirken, 28 Mayıs 2021 tarihli Enfeksiyondan Korunma Kanununda Değişiklik Yapılmasında Dair İkinci Kanun ve diğer kanunların, çalışan ebeveynlere, okulların kapanmasından ötürü ortaya çıkacak gelir kayıplarından ötürü Devletten tazminat alabilmeleri imkanı sağlamalarına ve çocuk parası gibi diğer güvencelerin varlığına dikkat çekmiştir. (*Bundesnotbremse II*, para. 218-220).

SONUÇ

Çalışmamızın girişinde, anayasal hakların çatışması konusunun, adeta birbirine ağlarla geçen bir yapı olduğunu belirtmiştik. Çalışmamızda, bu ağların geçtikleri noktaları ele almaya çalıştık. Artık çalışmamızı sona erdirirken, vardığımız bu noktaların, yani sonuçların neler olduğunu sırasıyla söyleyebiliriz.

I. ANAYASAL HAKLARIN ÇATIŞMASI TEORİSİ

1. Çalışmamızın başlığı için seçtiğimiz “anayasal hakların çatışması”nı, esasen içerik olarak “devletin yükümlülüklerinin çatışması” kavramı daha iyi karşılamaktadır. Anayasal hakların çatışması; devletin, güvence altına aldığı, en az iki hakkın gerektirdiği korumayı, aynı anda sağlayamamasıdır. Bu nedenle hak çatışmaları öyle durumlardır ki; çatışan haklar, aynı anda gerçekleşemeyecekleri için haklardan en az biri ya sınırlanmak ya da hakkın kendisinden tamamen feragat edilmek zorunda kalınmaktadır.

2. Anayasal hakların çatışmasının, devletin yükümlülüklerinin çatışması şeklinde kavranabilmesi için *ilk olarak*, aynı hak öznesinin haklarının çatışmasından ayrılması gerekir. *İkinci olarak*, çatışmada hakların akıbetinin ve nasıl korunacağını anlaşılabilmesi için anayasal haklar ile diğer anayasal statüdeki hukuki değerlerin çatışmasından ayrılması gerekir. *Son olarak*, hak çatışmalarının, bir anayasa hukuku sorunu olarak daha spesifik ve hukuk sınırları içerisinde kalınarak incelenmesi için özellikle ekonomik, sosyal ve siyasi süreci ilgilendiren ve “dava edilebilirlik” niteliğini taşımayan hakların çatışmasından ayırt edilmesi gerekir.

3. Anayasal hakların çatışması, diğer anayasa hukuku konularından ayrı, bağımsız bir konudur. Bununla beraber, anayasal hakların çatışması, anayasal hakların kötüye kullanılması yasağı, anayasal hakların özel hukuka etkisi ve klasik norm çatışma ilkeleri konularıyla ilişki içerisinde.

4. Hakkın kötüye kullanımı yasağı, belirlemecilik yaklaşımının bir versiyonudur. Belirlemecilik yaklaşımda, haklar öyle tanımlanırlar ki koruma alanlarının birbiriyle çakışması, diğer bir deyişle, bir çatışmanın ortaya çıkması mümkün değildir. Hakkın kötüye kullanımı yasağı, anayasal hakka içkin sınır oluşturup, hakkın sınırını çizer. Fakat karşılıklı müdahaleye yol açan hakların çatışmasında, taraflardan birini “hakka zarar veren”, diğerini ise “mağdur” şeklinde niteleyerek çatışmayı çözmek mümkün değildir. Karşılıklı müdahale etme durumu, çatışmanın doğasında vardır ve kötüye kullanım yasağına indirgenemez.

5. Anayasal hakların özel hukuka etkisi ile anayasal hak çatışmaları ise çok daha derin ve karmaşık bir ilişkiye sahiptir. Anayasal haklar, yalnızca devletin müdahale etmeme yükümlülüğünü gerektiren savunma hakları değil, aynı zamanda devletin eylemde bulunmasını gerektiren, pozitif yönü olan haklardır. Günümüzde, birey ile devlet arasındaki ilişkiyi ele alan hakların dikey etkisi, anayasal hakların korunması ve işleyişini kavramak için tek başına yeterli gelmez. Anayasal hakların özel hukuk kişilerine yansımaları içeren yatay etkinin de kabul edilmesi gerekir. Literatürde, anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi, “doğrudan” ve “dolaylı yatay etki” olarak ayrılır. Alman anayasa hukuku literatüründe ve içtihadında, bir zamanlar anayasal hakların doğrudan etkisi kabul edilmiş olmakla birlikte, dolaylı etki öğretisine dönüş gerçekleşmiştir. Türk anayasa hukukunda ise doğrudan etkili olan istisnai anayasal hak normları dışında, anayasal hakların özel hukuka dolaylı etkisinin olduğu kabul edilir.

6. Alman anayasa hukukunda dolaylı yatay etki, anayasal hakların objektif değer sistemi olarak haklara etki etmesi şeklinde kabul edilmiştir. Buna göre, özel hukuk düzenlemelerinde “genel ahlak”, “dürüstlük kuralı”, “hukuka aykırılık” gibi genel normlar vardır ve bu normlar anayasal hakların ışığında yorumlanır. Bu normlar, anayasal hakların özel hukuk alanını etkilemesini sağlayan “sızma noktaları”dır. Anayasal haklar, bu açık uçlu hükümler aracılığıyla özel hukuka etki eder.

7. Federal Alman Anayasa Mahkemesi *Lüth* kararında, anayasal hakların yalnızca bireyi devlete karşı koruma yükümlülüğü getirmediğini, hukuk düzeninin bütününe yansıyan ve devlet organları için standartları ortaya koyan ek objektif bir değere sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu kararla anayasal hakların, yalnızca birey devlet ilişkilerinde geçerli olması anlayışına son verilmiş ve anayasal hakların bireyler arası ilişkileri de düzenleme niteliği tanınmıştır.

8. Anayasal hakların özel hukuka etkisi, sızma noktaları kabul edilen genel hükümlerin varlığıyla sınırlandırılmak istenmediği için, dolaylı yatay etki öğretisine karşı koruma yükümlülüğü öğretisi geliştirilmiştir. Koruma yükümlülüğü, anayasal hakların koruma işlevini ortaya koyarak yatay etki teorisini genişletmiştir. Koruma yükümlülüğü teorisine göre, devletin, bireylerin anayasal haklarını yalnızca kamu gücünü kullananlara karşı değil, aynı zamanda diğer bireylerin haksız müdahalelerine karşı da koruması gerekir. Koruma yükümlülüğünün muhatabı, başta yasa koyucu olmak üzere, yalnızca kamu güçleridir. Anayasal hakları koruma yükümlülüğünün birincil derecede sorumlusu

olan yasama organı, geniş bir takdir yetkisine sahip olmakla beraber, çatışan hak ve menfaatleri dikkate alarak düzenlemeler yapmalıdır. Yasa koyucunun, anayasal hakları korumaya dair eksik veya yetersiz düzenlemeleri halinde, yargı yetkisi devreye girecektir. Yasamanın, bireylerin anayasal haklarını başkalarının saldırılarına karşı koruyamamış olması halinde, koruma yükümlülüğü mahkemeler aracılığıyla yerine getirilecektir.

9. Anayasal hakların çatışmaları, devletlerin hakları korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerinin yargısal gelişimi ile evrilmiştir. Anayasal hakların çatışması, çatışmanın iki tarafı olan hak sahipleri ile devletin oluşturduğu, üç kutuplu bir ilişkidir. Anayasal hakların çatışmasının, somut olayda ortaya çıkabilmesi için anayasal haktan çıkarılan, devletin hareket yükümlülüğünün varlığı gerekir. Öyleyse anayasal hak çatışmaları için, anayasal haklardan en azından birine dair pozitif ve hukuki olarak icra edilebilir bir koruma yükümlülüğü gerekir.

10. Anayasal hakların özel hukuka etkisi ile anayasal hakların çatışması arasındaki ilişkiye rağmen, bu ikisi birbirinden bağımsız olarak ele alınması gereken anayasa hukuku sorunlarıdır. Her şeyden önce, anayasal hakların uygulanması, özel hukuk ilişkilerinden ibaret değildir. Ayrıca anayasal hakların çatışması sorunu, çatışmanın çözülmesinden ayrı bir konudur. Anayasal hakların çatışması öncelikle, anayasal hak normları üzerinden ele alınması gereken bir sorundur. Anayasal hak normlarının yapısı, normun kapsam ve koruma alanının belirlenmesi, sınırlandırılması imkanı ve rejimi ile normatif çatışmalar sorununun şekillendirdiği bu konu, bu nedenle kendi başına değerlendirilmeyi hak eder.

11. Anayasal hak normları arasında şekli bir hiyerarşi yoktur. Anayasal hak normlarının hepsi, anayasada bulunmalarından dolayı aynı statüde yer alırlar. Klasik norm çatışma ilkelerinden biri olan *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi, bu nedenle anayasal hakların çatışma çözümünde kullanılamaz. Diğer ilkeler olan olan *lex specialis derogat legi generali* ve *lex posterior derogat legi priori* ise ancak çok kısıtlı bir uygulama alanına sahiptirler. Dolayısıyla, bu çatışma çözme ilkeleri, anayasal hak çatışmalarının çözümü için kullanışlı değildirler.

12. Anayasal hak normlarının, şekli anlamda bir hiyerarşiye sahip olmamasının getirdiği en önemli ilkelerden biri, “anayasanın bütünlüğü ilkesi”dir. Sistematik yorumun bir görünümü olan bu ilke, anayasal normların, birbiriyle bağlantılı olarak ve çelişkiye düşmeyecek şekilde yorumlanmasını gerektirir. Ancak bu ilke, anayasal hak normları

arasında çatışmanın olabileceği gerçeğini ortadan kaldırmaz veya bunu yok sayamaz. Aksine, bir ideal olan anayasanın bütünlüğü, tam da bu gerçeğin bir sonucu olarak, hakları olabildiğince tutarlı yorumlama çabasının ürünüdür. Bu anlamda anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal hak çatışmalarının çözümünde, çatışma çözme ilkelerinden çok daha kullanışlıdır.

13. Anayasal hak normlarının genel özellikleri, anayasal hakların çatışması sorununu zor bir sorun haline getirir. Anayasal hak normları, açık uçlu ve bu nedenle yorumlanmaya en çok ihtiyaç duyan hukuk metinleridir. Anayasal haklara tekil olarak değil de bir bütün olarak bakıldığında, modern anayasalarda birçok anayasal hakkın çok geniş ifadelerle güvence altına alınmış olmasının, anayasal hakların çatışması olasılığını artırdığı görülecektir.

14. Anayasal haklar, bu yapıları nedeniyle yaygın bir şekilde, ilke olarak kabul edilmişlerdir. Türk hukuk literatüründe, kurallar ve ilkeler ayrımı benimsenerek, anayasal haklar çoğunlukla ilkeler olarak görülse de, bunun nitelikten çok niceliksel bir ayrım olduğu anlaşılmaktadır. Biz anayasal haklar için kurallar ve ilkeler ayrımını kabul etmiyoruz. Bu ayrım her şeyden öte, belirsiz bir ayırmadır. Ayrıma temel alınacak ölçütün niteliksel mi, yoksa niceliksel mi olduğu belli değildir.

15. Anayasal haklar, devlete yükümlülük yükleyen kurallardır. Hakların, tanımlanabilir sahipleri ve yükümlülük atfedilebilir sorumluları vardır. Bu nedenle gerek anayasal hakları, gerekse de anayasal hak çatışmalarını, haklar ve ödevler arasındaki ilişki çerçevesinden ele almak en doğrusudur. Nitekim anayasal hakların çatışması, devletin yükümlülüklerinin çatışmasıdır. Bu nedenle, deontik mantığın örneği olan Hohfeld'in hukuki ilişkiler şemasından faydalanarak, anayasal hakların yapısı daha derin şekilde analiz edilebilir. Hohfeld'in "bağışıklık" kavramı, anayasa hukuku için en kullanışlı olan kavramdır. "Bağışıklık"ın bağlantısı "yetkisizlik" ve karşıtı "tabi olma"dır. Bu anlamda anayasal haklar, devletin müdahale etme konusunda yetkisiz oldukları bir alanı içerirler. Devlet, hakların getirdiği yükümlülöklere tabidir.

16. Anayasal hakların çatışması ile ilgili yaygın kanı, hiçbir şeyin anayasal hak ve özgürlüklerin soyut çatışmasını, en azından teorik açıdan bakıldığında engellemeyeceği yönündedir. Buna göre, çatışmalar mantıksal bir kusurdan doğmaz. Anayasal hak çatışmaları *a priori* olarak veya *in abstracto* olarak değil, ancak *in concreto* olarak belirlenebilirler. Anayasal hak çatışmalarının, mantıksal bağdaşmazlık içermeyen,

yalnızca ampirik koşullara ve fiili imkansızlıklara bağlı ampirik çatışmalar olmadığı açıktır. Anayasal hak normları da, diğer normlar gibi “norm” olma özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle, anayasal haklar arasındaki çatışma, anayasal normlar çatışmasıdır. Ancak bu çatışmanın, klasik çatışmalardan biraz daha farklı bir yönü vardır. Bu, çalışmamızın da “anayasal hak normlarının” değil de, “anayasal hakların çatışması” başlığını almasının temel sebebidir.

17. Anayasal hakların normatif çatışmalar karşısında sınıflandırılması için genel ve bireysel eylem terimlerinden yararlanılabilir. Genel eylem, bir normda belirtilen davranışın genel kalıbına, bireysel eylem ise bu davranışın bir kişi tarafından gerçekleştirilen örneğine denir. Aynı bireysel eylem, kimi zaman iki genel eylemin de altına girebilir. Anayasal hak çatışmalarının ortaya çıktığı nokta da buna tekabül eder. İlk bakışta, farklı genel eylemleri düzenleyen anayasal hak normları arasında tutarsızlığın olmadığı sanılabilir. Ancak, aslında anayasada normlar öyle düzenlenmiştir ki bir yerde akışacakları kesindir. Dolayısıyla anayasal hakların çatışmasının, *in abstracto* olduğunu söyleyebiliriz. Bununla beraber, normlar arasındaki bağdaşmazlıklar çok açık değildir ve zor algılanırlar. Anayasal hak çatışmalarının norm çatışmaları olduklarını kabul etmekle beraber, aynı eylem veya durumun birbirinden zıt deontik karakterde düzenlendiği klasik çatışmalardan ayırmak amacıyla, Martinez-Zorilla'nın, “deontik çatışma, ampirik çatışma ve bağlamsal karşıtlıklar” şeklinde yaptığı ayrımaya başvurarak, anayasal hak çatışmalarının “bağlamsal karşıtlıklar”a girdiği sonucuna vardık. Böylelikle, anayasal hak çatışmalarının yapısına dair birçok ipucu elde etme ve bu ipuçlarından yola çıkarak, çatışma çözümü için genel çıkarımlarda bulunma imkanına kavuştuk.

18. *İlk olarak*, yaptığımız açıklamalardan yola çıkarak, anayasal hakların çatışmasına yönelik geniş kapsamlı bir çözüm modeli sunmanın zor olduğunu görürüz. Bu yalnızca teknik bir zorluk değil, olgusal bir sorunu da temsil eder. *İkinci olarak*, anayasal hak çatışmalarının *in abstracto* olduklarının görülmesi, çatışmaların öngörülebildiği kadar engellenmesini de sağlayacaktır. Çoğu ifadenin olmasa da, herhangi bir ifade şeklinin nihayetinde insan onurunun kapsamı ile çatışabileceği, keza basın özgürlüğü kapsamındaki her yayın olmasa da bir yayının kişinin özel yaşama sayęı hakkı ile çatışabileceğini öngören yasa koyucunun, buna göre düzenleme yapması ve norm alanlarını sınırlaması gerekecektir. Bu da, *nc olarak*, çatışmaların çözümünde soyut-genel düzenlemelerin önemini ve (bir dengeleme yapılacaksa, bundan öncelikle

sorumlu olan) yasamanın yapacağı soyut-genel dengelemenin çatışma çözümü için önemini gösterir. Bununla beraber, çatışmaların *in abstracto* değerlendirilmesi ve çözüme yönelik yasal düzenlemelerin yapılması, çatışma çözümünde yargıya düşen rolü tamamen kaldırmaz. Somut olaya normu uygulayacak olan yargı, çatışmayı kategorik bir yöntemle veya dengelemeye başvurarak çözecektir.

19. Çalışmamızda, anayasal hakların yapısını daha iyi anlayabilmek ve çatışma çözümüne kısmen de olsa ışık tutmak amacıyla, anayasal hak çatışmalarının belli ölçütlere göre tasniflendirilmesine yer vererek, bir tipoloji çizdik. Böyle bir tipoloji, hakların çatışmasının çözümü amacıyla feda edilecek hakkın, “kısmen mi yoksa tamamen mi feda edilmesi gerektiği?” sorusunun yanıtını bulmaya da yardımcı olacaktır.

20. Anayasal açmaz (*dilemma*) da denilen tam anayasal hak çatışmalarında, anayasal haklardan biri feda edilmeden çatışma çözülemez. Dolayısıyla bu çatışmalar, bizi, hukukun sınırlarıyla yüzleşmek zorunda bırakan çatışmalar olarak da tarif edilebilir. Anayasal açmazlar, hukukun sınırlarını ve gerekçelendirmeye olan ihtiyacını gösterir. Bu durumlarda dahi hakim, karar vermekten kaçınmaz. Bu tür zor durumlarda, örneğin meşru müdafaa veya zorunluluk halinde, en azından hukukun bazı düzenlemelerle genel bir kılavuz sunması ve temel hatlar çizmesi mümkündür. Anayasal hak çatışmalarının az bir kısmı, bu tür durumlara tekabül eder. Kısmi anayasal hak çatışmaları ise, birbiriyle çatışamayacak şekilde de gerçekleştirilebilecek olan anayasal hak normlarının, çatıştığı durumlara karşılık gelir. Bu çatışma türü, hukukun daha çok uğraşmak zorunda kaldığı ve literatürde de çoğunlukla ele alınan çatışma türüdür. Bu çatışmalarda, haklardan biri veya ikisi de sınırlandırılarak çatışma çözülür.

21. Anayasal hak çatışmaları, çatışmaya konu anayasal hak norm sayısına göre de sınıflandırılabilir. Buna göre, *aynı* hak normuna dayanan en az iki anayasal hak sahibinin haklarının çatışması halinde *haklar içi çatışma* vardır. *Haklar arası çatışma* ise daha sık şekilde karşılaşılan, farklı anayasal hak normlarına dayanılması halinde ortaya çıkan çatışmalardır.

22. Anayasal hak çatışmaları, kişinin, farklı anayasal hakları arasında bir çatışma şeklinde de ortaya çıkabilir. Bunlar, çalışmamızın dışında tuttuğumuz içsel çatışmalardır. Bunun karşısında ise farklı anayasal hak öznelere haklarının çatıştığı dışsal çatışmalar bulunur. Bu ayrımlar dışında da farklı yazarların ileri sürdükleri, farklı çatışmalarla karşılaşılabilir. Bu çatışmalarla karşılaşılabilir.

II. ANAYASAL HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜM TEORİSİ

1. Anayasal hak çatışmalarının çözüm yolu, hak ve özgürlüklerin genel hukuksal rejimi çerçevesinde aranır. Anayasal hakların çatışmasına yönelik genel iki yaklaşımdan bahsedilebilir: Haklara en başından sınır çekerek çatışmaları önlemek veya hakları sonradan sınırlandırarak çatışmayı çözmek. Bu nedenle, anayasal hakların çatışma çözüm teorisini oluşturabilmek için, hak ile hakkın sınırı ve sınırlılık ile sınırlandırma kavramlarını bilmek gerekir.

2. Sınırlama, anayasanın belirlediği norm alanının yasa ile veya yasaya dayanılarak daraltılmasıdır. Sınırlılık ise bizzat anayasal hakkın yapısından kaynaklanan mevcut sınırları belirtir. Hakkı sınırlandırmak kurucu bir işlem iken, hakkın belirli sınırlarla sınırlı olduğunu tespit etmek açıklayıcı bir işlemdir.

3. Hak-sınır ilişkisine dair teorilerin bilinmesi, hakkın koruma alanının çeşitliliğinin ve kapsamının değerlendirilmesi için gereklidir. Bu yönde bir değerlendirme, anayasal hak yapı modellerini incelemeyi gerektirir. Bu inceleme, özellikle çatışma açısından önemlidir. Zira üçüncü tarafın çatışan haklarının koruma alanı düzeyinde mi, yoksa sınırlama düzeyinde mi ele alınacağı buna bağlıdır.

4. Hakların yapısı ile ilgili ana soru, hakların sınırlamaya uygun olup olmadığı ve bunun gerekli olup olmadığı sorusudur. Buna farklı cevap veren, dışsal teori ve içsel teori ile karşılaşırız. Dışsal teori, hak ve sınır ayrımı yaparak, bu iki arasında “sınırlama ilişkisi”nin varlığını kabul eder. İki aşamalı teori olarak da adlandırılan bu teoriye göre, *prima facie* anayasal hak koruma alanı, sınırlama işleminden sonra “kesin koruma” alanına kavuşur. Koruma alanı ve sınırlama şeklindeki sistematik bölünme ile ilgilenmeyen içsel teorik modelde ise, yalnızca içeriği kesin ve belirli hakkın varlığı kabul edilir. Bu teoride koruma alanı tek aşamalı olarak, içeriden tanımlanır. Kural olarak, dışsal teorinin kabul edilmesi gerekirken, mutlak olarak korunan hakların sınırlandırılması mümkün olmadığı için, bu haklar için içsel teorik anlayışın geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

5. Koruma alanının değerlendirilmesinde ise karşımıza kapsam teorileri çıkmaktadır. Hakkın koruma alanının belirlenmesi önemlidir; çünkü hakların birbirleriyle uyumsuz kullanımlarında, yani hukuki sonuçlarda ortaya çıkan hak çatışmaları, ancak hakların korunmasını tetikleyen olgusal koşullarda yaratılır. İlgili eylemin, hakkın koruma alanının dışında olduğunun kabul edilmesiyle beraber, çatışma da doğmamış

olacaktır. Çatışma çözümüne yönelik ilk strateji de bu yönde olmaktadır: Hakların koruma alanı çizilerek çatışmanın önlenmesi. Kapsam teorileri bağlamında, anayasal hak sahiplerinden birinin, diğerinin anayasal hakkına yönelik bir hak kullanımının, bir anayasal hak eylemi olarak görülüp görülmediği ve dolayısıyla anayasal hak kapsamında korunup korunmayacağı soruları özellikle önemlidir. Bu nedenle çalışmamızdaki ana sorulardan biri şu olmuştur: Hakkını kullanan kişinin, üçüncü kişilerin anayasal hakkını olumsuz yönde etkileyen kullanımları da koruma kapsamında iddia edebilmeli midir?

6. Dar kapsam teorileri, koruma alanına içkin sınırlar yerleştirerek, hakların baştan dar bir şekilde tanınmasını ve böylece sınırlamalardan büyük ölçüde veya tamamen vazgeçilmesini gerektirir. Geniş kapsam teorisi ise *prima facie* korumayı kapsamlı bir şekilde yorumlayarak, kapsamlı kısıtlamaları kabul eder.

7. Sınırlama kaydı olmaksızın öngörülmüş anayasal haklar dahil, hiçbir anayasal hakkın sınırsız olduğu kabul edilemez. Sınırsız hak anlayışını kabul etmeyen yazarlar, içkin sınır teorilerini ileri sürerler. Koruma alanına içkin sınır yerleştiren yazarlar, bunun için farklı gerekçeler öne sürerler. Anayasal hak normlarının sözü, anayasal hakların hukuki niteliği, genel yasalar veya alternatif olarak üçüncü tarafların (başkalarının) daha üstün çatışan anayasal hakları bunlardan bazılarıdır. Sınırlama düzeyinde içkin sınırları kabul eden yazarlar ise çatışan anayasal hakları, hakkı sınırlandırırken dikkate alırlar.

8. Anayasada hak için öngörülmüş bir sınır varsa, artık orada hakkın kapsamı çizilmiş ve bunun ötesine geçilemez, demektir. Anayasal sınırların belirlenmesi, bu nedenle açıklayıcı işlemdirler ve sınırlama anlamına gelmezler.

9. Bir dönem Federal Alman İdare Mahkemesinin benimsediği genel kamu yararı görüşü, toplumun varlığı için zaruri görülen hukuki değerlerin tehlikeye düşeceği durumları, hakkın kapsamı dışında kabul etmiştir. Ancak bu görüş, anayasal hakların korunmasını tehlikeye düşüren, kötüye kullanılmaya açık ve belirli bir kriter öngörmeyen bir görüş olarak eleştirilmiş, nihayetinde de terk edilmiştir.

10. Bir başka içkin sınır teorisi, hukuki değerler tartışısı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hukuki değerler tartışısını savunanlar, anayasal haklar arasında veya anayasal haklar ile diğer değerler arasında bir hiyerarşi varsayımında bulunup alt-üst ilişkisi kurarlar. Ancak bu, anayasal hakların bütünlüğü ilkesine aykırıdır. Hakları birbirlerine karşı rekabete girecek ve tartılacak değerler şeklinde değerlendirmek, sağlıklı bir teknik de içermez. Örneğin, bu görüşlerde, tartımın nasıl yapılacağına dair açık ve belirli ölçütler

yoktur. Üstelik tartım sonucunda daha yüksek değere sahip menfaatin galip olacağı, ancak en yüksek değere sahip menfaatin de tartımla bulunacağı düşüncesi bir totoloji yaratmaktadır. Hukuki değerler tartısı bu şekilde biçimsel bir ilke olarak kalmakta ve içeriksel-maddi bir ölçüt sunamamaktadır.

11. Değerler tartısına başvurup haklardan birinin diğerinden daha üstün geldiğine karar vermek yerine, yine biçimsel bir ilke olmakla beraber, anayasanın bütünlüğü ve sistematik yorum ilkelerine uygun bir şekilde, çatışan her iki anayasal hakkın da optimal etkisini korumalarını, ancak somut davada orantılı olarak ve uyuşumun gerektirdiğinden daha ileri gitmeyen orantılı bir sınırlamayı sağlayan pratik uyuşum ilkesi, çok daha uygun bir çözüm metodudur.

12. Alman anayasa hukukunda, Anayasanın 2'nci maddesinin birinci fıkrasına dayanarak kişiliği geliştirme hakkında yer alan sınırlama üçlüsünün diğer anayasal haklara teşmili, ileri sürülen içkin sınır teorilerinden biri olmuştur. 2'nci maddenin birinci fıkrasında öngörülen ve “sınırlama üçlüsü” de denilen “başkalarının hakları”, “anayasal düzen” ve “ahlak yasası” sınırlama nedenlerinin, diğer haklar için de geçerli olacağı iddia edilmiştir. Bu içkin sınır teorisine ilişkin olarak iki temel soru ele alınabilir. Bunlar; kişiliği geliştirme hakkı ile diğer haklar arasındaki ilişkinin ne olduğu ve kişiliği geliştirme hakkının güvence altına alındığı Federal Alman Anayasasının 2'nci maddesinin birinci fıkrasındaki sınırlama üçlüsü ile diğer anayasal haklar arasındaki ilişkinin ne olduğu sorularıdır.

13. Kişiliği geliştirme hakkı, Alman Anayasa Mahkemesinin *Elfes* kararıyla ortaya koyduğu gibi, genel eylem özgürlüğü olarak anlaşılmalıdır. Herhangi bir anayasal hakkın düzenleme alanına girmeyen özgürlükler, Alman Anayasasının 2'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilecektir. Öyleyse kişiliği geliştirme hakkı ile diğer haklar arasında *lex generalis – lex specialis* ilişkisi vardır. Bu hakka dair olan sınırlama üçlüsü ile diğer anayasal haklar arasındaki ilişkiye bakıldığında ise, bu sınırlama üçlüsünün, diğer haklara teşmili kabul edilemeyecektir.

14. Müller'in nesnel sınırlar teorisi, diğer içkin sınır teorilerinden farklı olarak, genel bir içkin sınır kaydından öte, tekil anayasal hakların içkin sınırlarını bulmaya çalışmıştır. Her anayasal hakkın kendi hukuki niteliği ile nesnel olarak sınırlı olduğunu savunan bu görüş, kabul edilemez. Zira bu çalışmada yer verdiğimiz birçok sorunlu hususun yanı sıra, bu görüşün kabul edilmesi halinde, hak sahibinin anayasa ile güvence

altına alınmış hakkını istediği şekilde kullanmaya karar verme hakkı engellenmiş olacaktır.

15. Çalışmamızda içkin sınır teorilerine yer vererek dar kapsam teorisini örneklendirmiş olduk. Böylece dar kapsam teorisi ile geniş kapsam teorisini karşılaştırma ve son zamanlarda ileri sürülen dar güvence alanı teorisini değerlendirme imkanımız oldu. Kural olarak, geniş kapsam teorisinin benimsenmesi, ancak çalışmamızda yer verdiğimiz istisnai hallerde dar kapsam teorisinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna vardık. Bu noktada, birisinin hakkını başkasının hakkını araçsallaştırarak kullanımının, artık hakkın koruma alanında kabul edilemeyeceğini gördük. Dar kapsam teorisinin benimsendiği bu durumda, ne haktan ne de çatışmanın varlığından söz edilebilir.

16. Anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali, çalışmamızın ana tezlerinden birini oluşturur. Buna göre, hiçbir anayasal hak –sınırlama kaydı içermemiş olsa dahi- sınırsız olarak kabul edilemez. Her anayasal hakkın, başka bir anayasal hakla çatışmasından kaynaklanan sınırlanma ihtimali vardır. Adından da anlaşılacağı üzere bu görüş, bir sınırlılık halinin varlığını iddia etmekte, yani içkin sınır teorisi olarak ile sürülmektedir. Bu görüşü Federal Alman Anayasa Mahkemesi de benimsediği ve Mahkemenin çözüm teorisinin yani çatışan anayasal normlarla sınırlamaya izin veren çözüm modelinin ana hatlarını çizdiği için, bu tezi, eksileri ve artıları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesinin uygulaması çerçevesinde değerlendirdik.

17. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, anayasal haklar, sınırlarını, “çatışan üçüncü tarafların temel hakları ve anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler”de bulur. İki unsura (temel haklar ve anayasal statüdeki diğer hukuki değerler) sahip bu formülde çalışmamız açısından bizi ilgilendiren, “üçüncü tarafın çatışan temel hakları”dır. Ancak yine de çözüm formülünde yer alan “diğer hukuki değerler”i dikkate aldık ve bunun, anayasal hakların korumasına zarar verebilecek yönde kullanılması riskine dikkat çektik.

18. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin çatışma çözüm teorisi, diğer bir ifadeyle, anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali görüşü ile anayasanın bütünlüğü ve pratik uyuşum arasındaki ilişkiyi ortaya koyduk. Şu sonuca vardık: Bu görüş, çatışan anayasal haklar arasında sınır çizmeye ve aralarında bir uyum yakalamaya çalıştığı için pratik uyuşum teorisine bağlantılıdır. Çatışan anayasal hakların birbirine sınır çizecekleri görüşünün dayanağı ise anayasanın bütünlüğü ilkesidir. Pratik uyuşum,

bu ilkenin getirdiği sonuçtur. Buna göre, bir bütünlük oluşturan anayasal haklar bir etkileşim içinde kabul edilmeli ve çatışan haklar arasında öyle bir sınır çizilmelidir ki çatışan her menfaat optimal etkinliğe ulaşabilsin. Bu ilke tüm anayasal haklar için geçerli olduğundan, sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklar için de pratik uyuşuma başvurulabilecektir.

19. Pratik uyuşum ilkesi ile ölçülülük arasındaki ilişkide, ölçülülük ilkesi karşımıza pratik uyuşumu sağlamak için bir araç olarak çıkar. Bizi ilgilendiren klasik ölçülülük ilkesinden ziyade, onun alt ilkelerinden biri olan dar anlamda orantılılık ilkesidir. Buna göre, çatışan anayasal haklar arasında orantılı bir denge sağlanmalıdır. Çatışan anayasal haklar arasındaki sınırlamalar, uyuşumu sağlamak için gerekli olandan öteye gitmemelidir.

20. Pratik uyuşumun, dengelemeye nazaran avantajları vardır. Pratik uyuşumun içeriksel avantajı, anayasanın bütünlüğü ilkesinden kaynaklanır. Anayasal hakların çatışmasında sınırlamanın gerçekleşebilmesinin dayanağı, mutlaka anayasada yer almalıdır. Bu ilke tüm anayasal hak ve değerleri eşit geçerlik ve seviyede değerlendirerek “pratik” olana odaklanır ve çatışan temel hakları davanın özel koşulları bağlamında ele alır. Bu şekilde yasa kaydı içermeyen anayasal haklara da uygulanabilmesiyle pratik uyuşum metodolojik bir avantaj da sağlar. Pratik uyuşum ilkesinde amaç, çatışan anayasal hakların herhangi birinden tamamen vazgeçmeden, hakların optimal etkinliğini ve aralarında orantılı bir dengelemeyi sağlamaktır. Pratik uyuşum ve dikkatli dengeleme, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, anayasal hakların çatışmasındaki tüm hukuki çıkarların daha fazla dikkate alınmasını sağlayan, çatışmanın taraflarının her ikisi için de uzlaşmaya dayalı çözümler üretmeye yönelik yol gösterici fikir ve yönergelerdir.

21. Çatışan haklar arasında pratik uyuşumu sağlamak için, çatışmanın arka plan koşullarının dönüştürülmesi ve/veya alternatif yolların aranması gerekir. Başlangıç noktası, çatışan her iki anayasal hakka aynı değerin verilmesi olmalı ve her ikisinin de optimum etkinliğinin sağlanması amaçlanmalıdır. Çatışmaların çözümünde en ideal senaryo bu olmakla beraber, pratik uyuşumun sağlanması her zaman mümkün değildir. Özellikle tam hak çatışması dediğimiz ve haklardan birinden feragat edilmesini gerektiren çatışmalarda, artık iki hakka da optimal etkinin sağlanması mümkün değildir.

22. Anayasal haklar arasında şekli bir hiyerarşi olmadığını belirtmiştik. Anayasal haklar arasında maddi bir hiyerarşinin olup olmadığı sorusu ise, Federal Alman Anayasa

Mahkemesinin çatışma çözüm teorisini merkez alarak cevapladığımız bir diğer soru olmuştur. Zira Federal Alman Anayasa Mahkemesi, anayasanın bütünlüğü ilkesinin yanı sıra “değerler düzeni”ne dayanmaktadır. Bize göre, anayasal haklar arasında maddi bir hiyerarşinin varlığı kabul edilemez. Hakların yasa kaydı ile öngörülmesi veya yasa kayıtsız olmaları da aralarında bir sıralama oluşturmayı haklılaştıracak bir ölçüt olamaz. Yalnızca anayasal sistemde mutlak olarak korunan hakların taraf olduğu bir çatışma varsa, mutlak hakkın özelliklerinden dolayı bu hakkın çatışmadan galip çıkacağı söylenebilir. Zira mutlak olarak korunan haktan ne feragat edilebilir, ne de bu hak sınırlandırılabilir.

23. Anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali bağlamında, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin çatışma formülü nasıl işler sorusu altında, bu formülün ortaya çıkardığı sorunları ele aldık. Öncelikle terminolojik bir sorunun olduğunu tespit ettik. Mahkeme kimi zaman bir sınırın belirlenmesi şeklinde çatışmanın çözümünü ortaya koyarken, kimi zaman ise kurucu bir işlem olarak sınırlamadan bahsetmektedir. Çatışmadan doğan sınırlamanın meşruluğu sorgulandığında ise anayasanın kendisi, cevabı oluşturmaktadır. Zira bu sınırlar, yalnızca anayasa tarafından belirlenmektedir. Çatışan anayasal hakların hukuki niteliğini sorguladığımızda, bunların *a priori* sınırlar değil, ancak kurucu bir işlem olarak sınırlama ile belirlenecek sınırlar olduğunu tespit ettik. Bu sınırları kimin belirleyeceği ise bambaşka bir sorundur. Bu sınırın nasıl ortaya konulacağına, yasa koyucu karar verir. Yürütme ve yargı, tamamlayıcı bir yetkiye sahiptir. Yargının yasal bir dayanak olmamasına rağmen, anayasal hakların çatışmasından doğan bir sınırlamaya hükmetmesi ise, ancak istisnai durumlarda ve belli koşullar altında mümkündür.

III. ÇATIŞMA ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK Dengeleme ve TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

1. Çatışma çözümü için öncelikli sorumluluk sahibi olan yasama organının soyut dengeleme yöntemi, her zaman için bireysel adaleti sağlamaya yetmemektedir. Çatışmalara dair uyuşmazlıklarda somut duruma özel çözümün üretilmesi için yaygın olarak dengelemeye başvurulmaktadır. Biz çalışmamızda, dengelemeyi ideal çözüm yöntemi olarak ileri sürmedik. Daha ideal bir dengelemenin nasıl olacağına dair bir tartışma da yürütmedik. Ancak bireysel davada dengeleme yöntemini, bu yönetime yöneltilecek eleştirilerle beraber ele aldık.

2. Anayasal hakların çatışması çözümünde dengeleme yöntemi, gün geçtikçe daha sıklıkla başvurulan bir yöntem haline gelmektedir. Öyle ki literatürde, artık dengeleme çağında olduğumuzdan bahsedilmektedir. Terazi metaforuyla özdeşleşmiş olan dengeleme, çatışan hakların koruduğu menfaatlere değer atfederek bir karşılaştırma yapma ve böylece çatışan haklardan hangisinin diğerine ağır geldiğini tespit etme sürecidir. Bununla kastedilen geçici (*ad hoc*) dengelemedir.

3. Dengeleme yöntemi, çatışma çözümü için en ideal ve hatta kaçınılmaz tek yol olarak kabul edilecek derecede yaygın olduğu kadar, sıkça eleştirilere de uğramaktadır. Bu eleştiriler, dengeleme yönteminin irrasyonel olması ve bununla bağlantılı olarak subjektiflik ve keyfiliğe yol açmasıdır. Dengeleme yöntemi, anayasal hakları, normatif güçlerinden yoksun bıraktığı için haklar için tehlike oluşturmakla da suçlanır.

4. Biz, çalışmamızda, haklara ağırlık atfedilemeyeceği sonucuna vardık. Anayasal hak normlarının açık uçlu karakterleri, onları zorunlu olarak ağırlıkları tartılabilecek ilkeler olarak kabul etmemizi gerektirmez. Anayasal hakların kapsamı anayasada düzenlenmiştir ve değiştirilmez. Yalnızca anayasa altı düzeyde hakların koruma alanlarının sınırlandırılması söz konusu olabilir.

5. Ölçülemezlik eleştirisi, dengeleme yöntemini savunanların maruz kaldığı bir diğer eleştiridir. Buna göre, terazi metaforunu göz önünde tutarsak, bir çatışmada neyin, hangi cinsten tartıldığı sorusuna makul bir cevap verilemez. Bu da dengeleme sürecinin subjektif ve hukuken belirsiz olması ile sonuçlanır. Bu noktada, özellikle yasa koyucuya, maddi ve usule ilişkin yasal çerçeveyi çizip yasal kesinliği ve öngörülebilirliği sağlayacak düzenlemeleri sağlamak konusunda önemli bir görev düşmektedir.

6. Her ne kadar anayasal hakların çatışmasında terazi metaforuyla gündeme gelen dengeleme cazip görünse de dengelemenin, kaçınılmaz veya en rasyonel yöntem olduğu savunulamaz. Bu noktada özellikle yorum yöntemleri devreye girer. Bununla beraber, yasanın öngördüğü sınırlar içerisinde dengelemenin yapılması da mümkündür. Biz dengelemeyi ancak bireysel davanın tüm koşullarının dikkate alınarak bir analizin yapılması şeklinde, bir süreç ve özünde metafor olarak kabul ettik. Eğer bu yapılacaksa, matematiksel ifadeler yerine, dengeleme için belli genel kriterler ve içtihatlarla oluşmuş, çatışan haklara özgü özel kriterler üretilerek, ancak her çatışma vakiasında bu kriterlerin somut davaya uygunluğu göz önünde tutularak bir dengeleme yöntemi kabul edilebilir. Literatürde bu kriterler üzerinde çalışılmıştır. Ancak tüm bu kriterlere rağmen, dengeleme

içermeyen yöntemlerle de çatışmanın rasyonel bir şekilde çözülebileceği gözden kaçmamalıdır.

7. Çalışmamızın son kısmını, Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal hak çatışmalarına yönelik tutumuna ayırdık. Bunu Türk anayasa hukukunda, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlandırılması sorunu ve çatışmadan kaynaklanan sınırlılık hali görüşü ile beraber ele aldık. 2001 Anayasa değişikliği ile beraber Türk anayasa hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi, Alman hukukuyla aynı noktaya gelmiştir. Bu nedenle, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlandırılması sorunu yoğun olarak tartışılmıştır. Bu çalışmaları ikinci bölümde ele aldığımız için burada tekrarlamamıza gerek yok. Anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlılık halinden ötürü, çatışan anayasal hakların sınırlandırılması gerekecektir. Türk Anayasa Mahkemesi şu an için anayasal hakların çatışmasından kaynaklanan sınırlılığı kabul etmekte ve böyle bir çatışmayı, hakları sınırlandırarak çözmektedir.

8. Anayasanın bütünlüğü ilkesine atıf yapan Türk Anayasa Mahkemesi, hakların sınırsız olarak korunamayacağını belirtmektedir. Mahkemenin, içkin sınırlara başvurduğu, ancak bunu temellendirmekte yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi çatışma durumlarında ilgili hakka dair devletin pozitif yükümlülüğüne dikkat çekmektedir. Dolayısıyla açıkça ifade etmese de, Mahkemenin, devletin pozitif yükümlülükleri ile anayasal hakların çatışması arasında ilişki kurduğu sonucuna varılmaktadır.

9. Anayasa Mahkemesi de hakların çatışmasında “dengeleme” diline başvurmakta ve çatışan anayasal haklar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadır. Bu noktada Mahkeme, derece mahkemelerinin takdir yetkisini tanımakta, ancak keyfi bir yargılamanın yapılması, çatışmanın bir tarafına aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmiş olması halinde, iptal kararı vermektedir. Mahkeme, derece mahkemelerinden, çatışan anayasal haklar arasında adil bir dengelemenin sağlanmasına dair ilgili ve yeterli bir gerekçe beklemektedir. Mahkeme bu değerlendirmenin soyut değil, somut olayın koşullarına göre gerçekleştirilecek bir değerlendirme olduğuna dikkat çekmekte ve Anayasanın 13’üncü maddesini dikkate almaktadır. Anayasa Mahkemesinin, 13’üncü maddeden bağımsız bir çatışma çözüm teorisi ortaya koyduğundan söz edemeyiz. Mahkemenin yaptığı daha ziyade, ilgili hakka

müdahalenin Anayasanın 13'üncü maddesine uygunluğunu değerlendirmektedir. Mahkemenin sıklıkla uğraştığı çatışma örneklerini ise; mülkiyet hakları arasındaki çatışmalar, kişilik hakkı ile diğer anayasal hakların çatışmaları, ifade özgürlüğü ile ilgili çatışmalar, işçi ve işverenin hakları arasındaki çatışmalar oluşturmaktadır.

10. Anayasal hakların çatışması olarak değerlendirilebilecek birçok olayı, ilgili anayasal hakkın anayasal değerlerle çatışması şeklinde formüleştiren Türk Anayasa Mahkemesi, bu şekilde çatışmaya yönelik bir içtihat oluşturma ve hakları daha sağlam bir zeminde değerlendirme olanağını, ne yazık ki kaçırmaktadır.

Çalışmamızda vardığımız ana ve yan sonuçlar yukarıdaki gibidir. Bununla beraber, çalışmamızı nihayete erdirmeden önce, “anayasal hakların çatışması”na dair birkaç cümle daha sarf etmek isteriz. Öncelikle çalışmamızın başında söylediğimizi, burada da tekrarlayalım. Anayasal hak çatışmalarıyla uğraşmak, her şeyden önce, hukuk düzeninin kendi içerisindeki çatışmalarla yüzleşmesine şahit olmaktır.

Anayasal hakların çatışmasındaki sorun, anayasada güvence altına alınmış hakların gereğini yerine getirmekle yükümlü olan devletin, bu yükümlülüklerini aynı anda yerine getirememesidir. Bunun nedeni de anayasal hakların (çoğunun), “herkese” tanınmış olması ve hak normlarının geniş şekilde formüleştirilmesidir. Bu durum da bizi, anayasal hak normlarının hangi genişlikte ve çeşitlilikte sağlandığına nazaran, anayasal hakların ne kadar korunduğunun, haklar açısından çok daha önemli hale geldiği gerçeğine götürür. Belirtelim ki anayasal hakların bu şekilde güvence altına alınması, anayasa koyucunun bir kusuru değildir. Bir bütün halinde düşünüldüğünde, neredeyse tüm yaşam alanını kapsayacak şekilde düzenlenmiş farklı anayasal hak normlarının, güvence altına aldığı kullanımlarının çatışması kaçınılmazdır. Bu, bir devlet düzeni içerisinde aynı statüye sahip olan insanların (vatandaş yahut birey) bir arada yaşamasının getirdiği bir sonuçtur.

Anayasal hakların çatışması sorunu; daha sistematik ve yapısal bir şekilde ele alınmayı hak eden, anayasa normlarının anayasal düzen çerçevesinde yorumlanması, anayasal hak normlarının yapısı, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi, anayasal hukukunun özel hukuk ile ilişkisi gibi birçok konunun kesişiminde olan bir konudur. Hakların kullanımının, karşılıklı olarak birbirine müdahale ettiği anayasal hakların

çatışmasında, çözüm de bu haklar üzerinde aranmaktadır. Anayasal hakların çatışması sorunuyla uğraşanlar- gerek literatürde gerekse de yargıda-, çoğunlukla sorunun içindeki “hak” boyutuna odaklanmakta ve bu odak noktası da onları, ister istemez menfaat, değer, çıkar vs. gibi kavramlarla uğraşmaya götürmektedir. Oysa sorunun ana kaynağı, normların çatışmaya elverişli şekilde düzenlenmiş olması ve yasamanın da bu çatışmayı önleyecek düzenlemeleri eksik yapmış veya hiç yapmamış olmasıdır.

Çalışmamızı, anayasal hakların çatışması çözümünde tehlike arz eden bir yöne dikkat çekerek noktalamak istiyoruz. Hak çatışmalarının çözümünde, bir hakkı yerine getirmek uğruna, öteki hakkı feda etmediğimizden emin olmamız ve bu konuda uyanık kalmamız gerekir. Bu nedenle haklar arasında adil denge kurma iddiası ile başlatılan bir sürecin, anayasal hak normunun kendisine aykırı şekilde sonuçlanmamasına özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

- Addo, Michael K., ve Nicholas Grief, “Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *European Journal of International Law* 9, no. 3 (1998): 510–524.
- Akın, İlhan. *Kamu Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Aleinikoff, T. Metadata. “Constitutional Law in the Age of Balancing”. *Yale Law Journal* 96, no. 5 (1987): 943-1005.
- Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986.
- . “On the Structure of Legal Principles”. *Ratio Juris* 13, no. 3 (September 2000): 294-304.
- . *A Theory of Constitutional Rights*. Çev. Julian Rivers. Oxford: Oxford University, 2002.
- . “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”. *Ratio Iuris* 16, no. 2 (June 2003): 131-140.
- . “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”. *Ratio Juris* 16, no. 4 (2003): 433-449.
- . “Balancing, Constitutional Review and Representation”. *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 4 (2005): 572-581.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin, 2007.
- Altwater, Elmar ve Jürgen Hoffmann, “Batı Almanya’da Devlet Türetme Tartışması: Marksist Devlet Teorisi Sorunu Olarak Ekonomi ve Politika İlişkisi”. İçinde *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*, çev. Ertunç Aras Ergüneş, ed. Taner Yelkenci, 303-336. Notabene, 2013.
- Anayurt, Ömer. *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*. İstanbul: Kazancı, 1998.
- Arıkan, Engin “Hukuk Felsefesinde Güncel Bir Kuram: Sert Pozitivizm”, Lexpera Blog (15.11.2019), <https://blog.lexpera.com.tr/hukuk-felsefesinde-guncel-bir-kuram-sert-pozitivizm/> (erişim tarihi: 04.02.2022).
- . “Robert Alexy’nin Doğruluk Argümanının Değerlendirmesi”, *SÜHFD* 28, no. 3 (2020): 1303-1341.
- Arosemena, Gustavo. “Conflicts of Rights in International Human Rights: A Meta-rule Analysis”. *Global Constitutionalism* 2, no. 1 (2013): 6-36.
- Atakan, Arda. “Friedrich Müller’in ‘Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı’ Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, no. 3-4 (2010): 3-27.
- Aybay, Rona. “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 70 (2007): 187-213.
- Bamberger, Christian. “Vorbehaltlose Grundrechte unter Staatlichem Vorbehalt? Zur Auflösung eines grundrechtsdogmatischen Paradoxons”, *Der Staat*, 39, no. 3 (2000): 355-379.

- Banks, Taunya Lovell. "Balancing Competing Individual Constitutional Rights: Raising Some Questions". *Law and Rights: Global Perspectives on Constitutionalism and Governance*, ed. Penelope E. Andrews and Susan Bazilli, 27-45. Vandepas Publishing, 2008.
- Barak, Aharon. "Constitutional Human Rights and Private Law", *Review of Constitutional Studies* 3, no. 2 (1996): 220-281.
https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3698.
- . *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Çeviren Doron Kalir. New York: Cambridge University, 2012.
<http://ebooks.cambridge.org/ebook.jsf?bid=CBO9781139035293>.
- Batuhan Hüseyin, ve Teo Grünberg. *Modern Mantık*. Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 1984.
- Beckmann, Philip, Aurelia Colombi Chiacchi, Nuno Ferreira, Claire Moulin-Doos, Patrick O'Callaghan, Teresa Russo ve James Turney. "Germany". İçinde *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, editör Gert Brüggemeier, ed. Aurelia Colombi Chiacchi ve Giovanni Comandé. Cambridge University Press, 2010.
- Belling, Detlev W. ve İnce, Nurten. "Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi". *Legal Hukuk Dergisi* 12, 137 (2014): 3-58.
- Belling, Detlev W., Antje Herold ve Marek Kneis. "Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten". İçinde *Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert*, ed. Attila Badó ve Detlev W. Belling, 53-111. Universität Potsdam, 2014.
- Berg, Wilfred. *Konkurrenzen schrankendivergenterfreiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*. Berlin: Verlag Franz Vahlen, 1968.
- Besson, Samantha. "Human Rights in Relation: A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights". İçinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 23-37. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Bethge, Herbert. *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*. München: Verlag Franz Vahlen, 1977.
- . "Grundrechtskollisionen". İçinde *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band III*, ed. Detlef Merten ve Hans-Jürgen Papier, 667-716. Heidelberg: Hans-Jürgen Papier, 2009.
- Betterman, Karl August. *Grenzen der Grundrechte*. Berlin, New York: De Gruyter, 1976.
- Beysan, Nazime. *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*. İstanbul: 12 Levha 2015.
- Blaesing, Heiner. "Grundrechtskollisionen". Doktora tezi, Universität Bochum, Dinslaken, 1974.
- Bolz, Marcel. *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.

- Bomhoff, Jacco. “‘The Rights and Freedoms of Others’: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights”. İçinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, 217-248. Antwerpen: Intersentia, 2008.
- Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* (Baden-Baden: Nomos, 2018).
- Bozkurt, Taner. “‘Haklarında Özel bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş’ Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle ‘Sözleşme Hürriyeti’ Açısından Durum”, *Hukuk Gündemi*, 144-153. <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/hgdmakale/2008-1/21.pdf>.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet”, *Die Öffentliche Verwaltung* 49 (1966): 30-38.
- . “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik”. *Der Staat* 42, no. 2 (2003): 165-192.
- Brems, Eva. “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”. *Human Rights Quarterly* 27, no. 1 (February 2005): 294-326.
- . “Conclusion—Conflicting Views on Conflicting Rights”. İçinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 242-250. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- , ed. *Conflicts Between Fundamental Rights*. Antwerp: Intersentia, 2008.
- Bribosia, Emmanuelle ve Isabelle Rorive, *In Search of a Balance between the Right to Equality and Other Fundamental Rights* (Luxembourg: European Commission Publications Office, 2010).
- Britz, Gabriele. “Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch ‘Grundrechtlicher Vorverfahren’”. *Der Staat* 42, no. 1 (2003): 35-59.
- Brohmer, Jürgen, Clauspeter Hill ve Marc Spitzkatz (eds.) *60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights* (Kuala Lumpur: The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, 2012).
- Bumke, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- . “Publikumsinformation, Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates”, *Die Verwaltung* 37, no.1 (2004): 3-33.
- Bumke, Christian ve Andreas Voßkuhle, *German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles*. Oxford University Press, 2019.
- Burazin, Luka. “Conflicts between Fundamental Rights Norms”. İçinde *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ed. David Duarte ve Jorge Silva Sampaio, 111-117. Cham: Springer, 2018.
- Çalı, Başak. “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, *Human Rights Quarterly* 29, no. 1 (2007): 251-270.

- Can, Osman. “Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde 'Neminem-Laedere-İlkesi?’”. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 8 (2003): 96-112.
- . “‘Neminem-Laedere-Gebot’ als Kriterium der Verfassungswidrigkeit Privater Grundrechtsübergriŕfe?”, içinde *Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*. Yay. haz. Murat Yusuf Akın ve Oğuz Caner, 911-928. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2003.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Archiv für die civilistische Praxis*, no. 3 (1984): 201-246.
- Canyaş, Oytun. “Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2013): 127-152.
- Cariolou, Leto. “Circumnavigating the Conflict between the Right to Reputation and the Right to Freedom of Expression”. İçinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 171-191. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Cevizci, Ahmet. *Felsefe Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Paradigma, 2003.
- Classen, Claus Dieter. “Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 122, no. 1 (1997): 65-107.
- Cohen-Eliya, Moshe, ve Iddo Porat. “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”. *Icon-International Journal of Constitutional Law* 8, no. 2 (2010): 263-286.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel. “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, no. 103 (2012): 138-168.
- De Schutter, Olivier, ve Françoise Tulkens, “Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution”. İçinde *Conflicting between Fundamental Rights*. Ed. Eva Brems. Intersentia, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2446909>.
- Demirdal, Balkan. “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 789-820.
- Doğramacı Yakup Gökhan ve Zehra Zerrin Erkol, “Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri”, *TıhHP* 5, no. 10 (2016): 69-114.
- Doğru, Osman. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. İstanbul: Legal, 2013.
- Dönmez, Burcu. “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2, 2007: 99-141.
- Drooghenbroeck Sébastien Van, “Conflict and Consent: Does the Theory of Waiver of Fundamental Rights Offer Solutions to Settle Their Conflicts?”. İçinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 58-72. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Ducoulombier, Peggy. “Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview”. İçinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, 217-248. Antwerpen: Intersentia, 2008.

- Duygun, Ahmet Mert. “Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1539-1557.
- . “Zorunlu Aşı Uygulaması: Almanya Örneği”, *İnsan Hakları Perspektifinden Covid-19’a Karşı Aşı Uygulamaları Çalıştayı*, 52-58. Ankara: Elma Teknik Basım Matbaacılık, 2022, https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643477012.pdf.
- Dürig, Günter. “Freizügigkeit”. İçinde *Die Grundrechte; Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* Band 2, ed. Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey ve Ulrich Scheuner, 507 vd. Berlin: Duncker & Humblot, 1954.
- . “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”. İçinde *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, editör Theodor Maunz, 157-190. München: Isar Verlag, 1956.
- Dworkin, Ronald M. “The Model of Rules”. *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (Autumn, 1967): 14-46.
- . *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- . *Justice in Robes*. Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- Eberhard, Herald. “Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen”. İçinde *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* Bd. VII/1, ed. Detlef Merten ve Hans-Jürgen, 275-318. C.F. Müller, 2014.
- Elban, Selen Ö.. “Karlsruhe’den Hayvan Kesilmesi için Yeşil Işık”. Çev. Kerem Öz, *Hukuk Köprüsü* 3, no.6 (2014): 171-177.
- Elhag, Abdullatif, A.O, Joost A.P.J. Breuker, ve Bob W. Brouwer, “On the Formal Analysis of Normative Conflicts”. İçinde *Legal Knowledge Based System, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, ed. H. Jaap van den Herik et al., 35-46. Nijmegen: GNI, 1999.
- Engle, Eric. “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, *European Law/Europarecht* 5, no. 2 (2009): 165-173.
- Erdoğan, Murat. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Mustafa. “İnsan Hakları Öğretisine Giriş”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 11, (1993): 23-40.
- . *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Ankara: Orion, 2011.
- Eren, Abdurrahman. “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı* 33 (2016): 231-301.
- Ergül, Ozan. “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”. İçinde *Yıldırım Ulur’e Armağan*, 65-86. Lefkoşa: Yakınoğu Üniversitesi Yayınları, 2014.
- . “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”. İçinde *Erdal Onar*

- Armağanı Cilt 1*. Yay. haz. A. Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ersoy Kontacı, Deniz Polat ve Erdem Doğanoğlu, 433-488. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013.
- Erkal, Atilla. “Genel Olarak Bilgi ve Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuktaki Anlamı”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2009): 11-30.
- Esen, Bülent Nuri. *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Fendoğlu, Tahsin. “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13”, *Anayasa Yargısı* 18, no. 1 (2002): 178-214.
- Fohmann, Lothar H., “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, *EuGRZ*, no. 1 (1985): 49-62.
- Frederick, Danny. “Pro-Tanto versus Absolute Rights”. *The Philosophical Forum* 45, no. 4 (December 2014): 375-394.
- Galeza, Dorota. “Hard Cases”. *Manchester Student Law Review* 2, (2013).
- Gallwas, Hans-Ullrich. *Der Missbrauch von Grundrechten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- Gardbaum, Stephen. “The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights”, *Michigan Law Review* 102, no. 3 (2003): 388-459.
- . “Where the (state) action is”. *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 4 (October 2006): 760-779.
- Gellerman, Martin. *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande: Untersuchungen zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2000.
- Gewirth, Alan. “Are There Any Absolute Rights?” *The Philosophical Quarterly* 31, no. 1 (January 1981): 1-16.
- Glendon, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York, Free Press, 1991.
- Gottlieb, Stephen E. “The Paradox of Balancing”, *Hastings Law Journal* 45, no. 4 (1994): 825-866.
- Gören, Zafer. “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”. İçinde *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I* (Ankara, 11 Mayıs 2001).
- . “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 6, no. 12 (Güz 2007/2): 39-59
- . *Sosyal Devlet*, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Z.Goren1.pdf> (erişim tarihi: 7.5.2020).
- “Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 38 (Yaz 2020/2): 1-12.
- . *Temel Hak Genel Teorisi*. Ankara: Yetkin, 2022.

- Gözler, Kemal. “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi* 47, no. 1 (Ocak 1990):31-67.
- . “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı* 15, (1998): 207-242.
- . “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, *Ankara Barosu Dergisi* 59, no.3-4 (2001): 53-67.
- . “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı* 18, no. 1 (2002): 326-354.
- . *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt II. Bursa: Ekin, 2011.
- . “Yorum İlkeleri”. İçinde *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*. Ankara: KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013: 85-119.
- . *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin, 2013.
- . *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*. Bursa: Ekin, 2016.
- . *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin, 2017.
- . *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin, 2021.
- . “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele için Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, 1/14. <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (erişim tarihi: 30.03.2022).
- Göztepe, Ece. “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya’daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi”. İçinde *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan* Cilt 1 (2013): 283-316.
- Grabitz, Eberhard. “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 98, no. 4 (1973): 568-616.
- Graf, Hans Lothar. “Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne besondere Vorbehaltsschranke”. Doktora tezi, Ludwig Maximilian Universität, München, 1970.
- . “Ungeschriebene Grundrechtsschranken”, *BayVB1* (1971): 55-57.
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normlar Hiyerarşisi*. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- . *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*. İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Günsoy, Kemal Tahir. “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 1 (1974): 149-184.
- Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Çeviren William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.
- . “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”. İçinde *Habermas on Law and Democracy*, ed. Michel Rosenfeld ve Andrew Arato, 381-453. University of California Press, 1998.

- Haeberle, Peter. *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. C.F. Müller, 1962.
- Hamel, Walter. *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1957.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 2 (Nisan-Haziran 2002): 17-40.
- Hansen, Jorgen, Gabriella Pigozzi ve Leendert van der Torres, “Ten Philosophical Problems in Deontic Logic”, *Dagstuhl Seminar Proceedings 07122 Normative Multi-agent Systems*, <https://d-nb.info/991740920/34> (erişim tarihi: 9.11.2021).
- Hare, R. M. “The Presidential Address: Principles”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 73 (1972): 1–18.
- Harel, Alon. “Theories of Rights”. İçinde *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Martin P. Golding ve A. Edmundson William, 191-206. Maden: Blackwell Publishing, 2005.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. New York: Calendon Law Series, 2012.
- Hazar, Zeynep. *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*. Ankara: Adalet, 2021.
- Hecker, Wolfgang. “Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht”, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/> (erişim tarihi:30.05.2021).
- Heissl, Gregor. *Grundrechtskollisionen: am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet*. Viyana: Verlag Österreich, 2016.
- . “Human Rights Collisions”. *European Human Rights Law Review*, no. 1 (2016): 34-47.
- Hensel, Roman. “Covid-19 The Federal Constitutional Court’s Final Decisions on the ‘Federal Emergency Brake’”. <https://lexatlas-c19.org/final-decisions-on-the-federal-emergency-brake/> (erişim tarihi: 25.04.2022).
- Heper, Altan. “Alexy’nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki”, içinde *HFSA 12. Kitap*. Haz. Hayrettin Ökçesiz, 65-74. İstanbul: İstanbul Barosu yay., 2005.
- Herzog, Roman. “Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte”, *EuGRZ* (1990): 484-487.
- Hess, Reinhold. *Grundrechtskonkurrenzen: zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller Verlag, 1995.
- Hippel, Eike von. *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

- Hofmann, Josef. “Kunstfreiheit und Sacheigentum Bemerkungen zum ‘Sprayer’-Beschluss des BverfG”, *NJW*, no. 5 (1985): 237-246.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, içinde *Haben wir wirklich Recht?*, ed. Michael Bäuerle *et al.*, 53-76. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. *Yale Law Journal* 23, no. 16 (1913): 16-59. <https://doi.org/10.2307/785533>.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*. Ed. Walter Wheeler Cook. New Haven: Yale University Press, 1923.
- Hubmann, Heinrich. “Grundsätze Der Interessenabwägung”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis* 155, no. 2 (1956): 85–134.
- . *Wertung und Abwägung im Recht*. Köln, Berlin, Bonn, Münch: Carl Heymanns Verlag 1977.
- Isensee, Josef. “Das Grundrecht auf Sicherheit”. *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin Heft 79*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1983.
- Jones, Peter. *Rights*. London, Macmillan, 1994.
- Kaerkes, Christian. “Die vergessene Schranken-Schranke der Kunstfreiheit”, *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 5 (2016): 398-402.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Kahl, Wolfgang. “Vom Weiten Schutzbereich zum Engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”. *Der Staat* 43, no. 2 (2004): 167-202.
- Kanadoğlu, O. Korkut. *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyuşması*. İstanbul: Beta, 2000.
- . “Laiklik ve Din Özgürlüğü”, *TBB Dergisi* 109 (2013): 353-384.
- Kangal, Zeynel T. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Ankara: Seçkin, 2010.
- Karan, Ulaş. *İfade Özgürlüğü. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi* – 2. Avrupa Konseyi, 2018. https://www.anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf.
- . “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67, no. (2018): 415-462.
- Kasapoğlu Turhan, Mine. “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, *Inonu University Law Review* 11, no. 2 (2020): 550-566.
- . “Kamu Düzeninin Sağlanmasında Genel Sağlık Unsuru ile İdarenin Görev ve Yetkileri” içinde *İnsan Hakları Perspektifinden Covid-19’a Karşı Aşılabilir Uygulamaları Çalıştayı*, 32-42. Ankara: Elma Teknik Basım Matbaacılık, 2022. https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643477012.pdf.

- Kelsen, Hans *General Theory of Law and State*. Çev. Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1949.
- .*Essays in Legal and Moral Philosophy*, çev. Peter Heath. Dordrecht ve Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973.
- .*Pure Theory of Law*. Çev. Mac Knight. New Jersey, The Law Book Exchange, 2008.
- .*Saf Hukuk Kuramı*. Çev. Ertuğrul Uzun. İstanbul: Nora Kitap, 2016.
- Kılıçarslar-İsfen, Sibel. “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”. *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2011): 193-208.
- Knies, Wolfgang. *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*. München: Beck, 1967.
- Kommers, Donald. P. “Germany: Balancing Rights and Duties”. İçinde *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*. Ed. Jeffrey Goldsworthys, 161-214. Oxford University Press, 2006.
- Kosar, David. “Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic”. İçinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, 347-378. Antwerpen: Intersentia, 2008. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689259.
- Köküsarı, İsmail. *Anayasal Hakların Çatışması*. Ankara: Adalet, 2020.
- Kumm, Mattias. “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights”. *International Journal of Constitutional Law* 2, no. 3 (2004): 463-596.
- Lepa, Manfred. “Grundrechtskonflikte”. *DVB1* (1972): 690–701.
- Lerche, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, Berlin, München, Bonn: Arl Heymanns, 1961.
- Lindahl, Lars. “Conflict in System of Legal Norms: A Logical Point of View”. İçinde *Coherence and Conflict in Law*, ed. Bob Brouwer *et al.*, 39-64. Netherlands: Kluwer Law and Taxation publishers, 1992.
- Lorenz Dieter, “Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung”, içinde *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, ed. Peter Lerche, Peter Badura ve Rupert Scholz, 267-280. München : C.H. Beck, 1993.
- McFadden, Patrick M. “The Balancing Test”, *B.C.L. Rev.* 29 (1988): 585-656.
- Maes, Evelyne. “Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights”. İçinde *Conflict Between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, 69-89. Antwerpen: Intersentia, 2008.
- Mangoldt, Hermann von ve Klein, Friedrich. *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*. Berlin, Frankfurt: Franz Vahlen, 1955.
- Marauhn, Thilo ve Ruppel, Nadine. "Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal

- Constitutional Court. *İçinde Conflicts between Fundamental Rights*, editör Eva Brems, 273-296. Antwerpen: Intersentia, 2008.
- Martin, Céline. *Grundrechtskollisionen*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2007.
- Martinez-Zorrilla, David. "The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights". *Law and Philosophy* 30, no. 6 (2011): 729-749.
- Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 2 Rn. 12-18.
- Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 2 Rn. 28-35.
- Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 2 Rn. 44.
- Maunz/Dürig/Di Fabio, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 2 Rn. 37-38.
- Mavronicaola, Natasa. "What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights". *Human Rights Law Review* 12, no. 4 (2012): 723-758.
- Merkel, Reinhard. "Die Haut eines Anderen", *Süddeutsche Zeitung*, <https://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055> (erişim tarihi: 26.02.2022).
- Metin, Sevtap. "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 61, no. 1-2 (2011): 35-83.
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- . "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük İlkesi: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD)* 7, no. 1 (2017): 1-74.
- Moreso, José Juan. "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism". *Ratio Juris* 25, no. 1 (2012): 31-46.
- Möller, Kai. "Balancing and the Structure of Constitutional Rights". *International Journal of Constitutional Law* 5, no. 3 (July 2007): 453-468.
- . "Proportionality: Challenging the Critics". *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 3 (2012): 709-731.
- . *Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University, 2012.
- Munzer, Stephen. "Validity and Legal Conflicts", *The Yale Law Journal* 82, no.6 (May 1973):1140-1174.
- Müller, Friedrich. *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.
- . *Die Positivität der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- . *Recht - Sprache - Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I. (Schriften zur Rechtslehre)*. Berlin: Duncker und Humblot, 2010.
- . *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*. Yay. haz. Fazıl Sağlam. İstanbul: Maltepe Üniversitesi, 2009.

- Nieuwland, Herwig van. “Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken”. Doktora tezi, Göttingen, 1981.
- Nimmer, Melvielle B. “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, *California Law Review* 56, no. 4 (August 1968): 935-967.
- Nur Kayacan, Derya. *How to Resolve Conflicts Between Fundamental Constitutional Rights, Saar Blueprints*, 02/2016 DE, http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67.
- O'Rourke, Thomas. “Refuge from a Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law”. *South Carolina Law Review* 61, no. 1 (Fall 2009): 141-170.
- Oder, Bertil Emrah. “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”. İçinde *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, hazırlayan Ozan Ergül, 121-214. Ankara: KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013.
- . “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”. *Anayasa Yargısı* 29, no. 1 (2013): 49-59.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Özenç, Berke. “İnancını Açıklamama Hakkı Açısından Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartlarındaki Din Hanesi”. *TBB Dergisi*, no. 141 (2019): 9-42.
- Özkök, Gülriz. “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”. İçinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 5. Kitap*. Haz. Hayrettin Ökçesiz, 98-106. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2002.
- Özmen, Saba. “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 135 (2018): 491-516.
- Paulus, Andreas L. “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”. *Anayasa Yargısı* 30, no. 1 (2013): 21-47.
- Pestalozza, Christian Graf von. “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 2, no. 4 (1963): 425-450.
- Peters, Hans. “Kombination verschiedener Verfassungsgrundsätze als Mittel der Verfassungsauslegung”. İçinde *Festschrift für Karl Arnold*, 117-127. Köln ve Opladen: Springer Fachmedien Wiesbaden, 1955.
- Petersen, Niels. *Proportionality and Judicial Activism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Pieroth Bodo ve Bernard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*. CF. Müller, 2012.
- Pischel, Gerhard. “Konkurrenz und Kollision von Grundrechten”. *JA*, no. 5 (2006): 357-360.
- Poscher, Ralf. “Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy’s Latest Attempt to Save His Concept of Principle”. *Ratio Juris* 33, no 2 (2020): 134-149.

- Porat, Iddo. “The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional”, *Cardozo Law Review* 27 (2006): 1-51. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=783384.
- Pulido, Carlos Bernal. “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 92, no. 2 (2006): 195-208.
- Raz, Joseph. “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972): 823-854.
- . *Practical Reasons and Norms*. Londra: Oxford University Press, 1999.
- Rohloff, Annegret. *Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA*. İçinde *Schriftreihe zum Staats- und Verwaltungsrecht* Bd 5. Yay. haz. Wilms Heinrich ve Muckel Stefan (Berlin ve Münster, LIT Verlag, 2008), 53-54.
- Rohrer, Beat. *Beziehungen der Grundrechte Untereinander*. Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1982.
- Ross, Alf. *On Law and Justice*. Berkeley ve Los Angeles: University of California Press, 1959.
- Rumpf, Christian. “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı* 10 (1993): 25-48.
- Rüfner, Wolfgang. “Grundrechtskonflikte”. İçinde *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* Band 2, ed. Christian Strack, 453-479. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1976.
- Sabuncu, Yavuz. “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”. *İnsan Hakları Yıllığı* 7-8. (Ankara: TODAİE Yay., 1985/86): 15-26.
- . *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmaj, 2012.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara, AÜ SBF Yayınları, 1982.
- . “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”. *Bahri Savcı'ya Armağan* (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988): 433 - 442.
- . “2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”. *Anayasa Yargısı* 18, no. 1 (2002): 288-310.
- Sağlam, Mehmet. “Ekim 2012 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı* 18, no 1 (2002): 233-266. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52002/678122>.
- Sampaio, Jorge Silva. “Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights. İçinde *The Principle of Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, ed. David Duarte ve Jorge Silva Sampaio, 71-110. Dordrecht: Springer, 2018.
- Sancar, Mithat. “Temel Hakların Yorumu”. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 1995.

- Sarkaç, “Bertil Emrah Oder ile Söyleşi: Pandemi için Neden Yeni Kanunlar Gerekli?” <https://sarkac.org/2021/09/bertil-emrah-ile-soylesi-pandemi-ve-diger-olaganustu-haller-icin-neden-yeni-kanunlar-gerekli/> (erişim tarihi: 30.04.2022).
- Schäfer, Jan Philipp. “Ordoliberaler Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes”, *Der Staat* 48, no. 2 (2009): 215-238.
- Schladebach, Marcus. “Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip: Eine Verteidigung.” *Der Staat* 53, no. 2 (2014): 263-283.
- Shafer-Landau, Russ. “Specifying Absolute Rights”. *Arizona Law Review* 37, no. 1 (Spring 1995): 209-226.
- Schafer-Landau, Russell. “Rights and Liberties”. İçinde *The Philosophy of Law: An Encyclopedia* Cilt II, editör Christopher Berry Gray, 753-756. New York & London: Garland Publishing, 1999.
- Schlink, Bernard. “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 22 (2012): 291-302.
- Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.
- Schmitz, Holger ve Carl-Wendelin Neubert, “Praktische Konkordanz in der Covid-Krise Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen”, *NVwZ* (2020): 666-671. <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NVWZ-B-2020-S-666-N-1>.
- Schnapp, Friedrich E. “Grenzen der Grundrechte”, *JuS* (1978): 729-735.
- Scholz, Rupert. “Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil)”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 100, no. 1 (1975): 80-130.
- Schyff, van der Gerhard. “Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation”. İçinde *Shaping rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, 65-84. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Schwacke, Peter. *Grundrechtliche Spannungslagen*. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1975.
- Schulz, Sebastian. *Grundrechtskollisionen im Berufssport*. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- Senn, Mischa Charles. “Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten – das Beispiel satirischer Äußerungen”. İçinde *Die Kommunikationsfreiheit der Gesellschaft* Bd. 4, ed. W.R. Langenbucher, 340-357. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2003.
- Sieckmann Jan. “Rational Lawmaking Proportioanlity and Balancing”, içinde *Rational Lawmaking under Review*, ed. Klaus Meßerschmidt ve A. Daniel Oliver-Lalana, 349-372. Springer, 2016. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-33217-8>.

- Simmonds, Nigel E. "Rights at the Cutting Edge". İçinde *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, ed. Matthew Kramer ve Nigel E. Simmonds, 113-232. Oxford: Oxford University Press 1998.
- Sinder, Rike. "Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen-Zeit, Zahl und Zurechnung als Schlsselkategorien praktischer Konkordanz", *NVwZ* (2021): 103-108. <http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NVWZ-B-2021-S-103-N-1>.
- Siqueira, Julio Pinheiro Faro Homem de. "Far Beyond from Norms, Distinguishing Rules and Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 97, no. 2 (2011): 198-206.
- Smend, Rudolf. "Das Recht der freien Meinungsäusserung", içinde *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 89-118. Berlin: Dunker und Humblot, 1968.
- Smet, Stijn. "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict". *American University International Law Review* 26, no. 1 (2010): 183-236.
- ."Introduction— Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspective". İçinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 1-20. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- ."Resolving Conflict between Human Rights: The Judge's Dilemma". New York: Routledge, 2017.
- Stemmler, Thomas. *Das "Neminem-laedere-Gebot"*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.
- Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1. München: Beck, 1988).
- Stone Sweet, Alec ve Mathews, Jud. "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism". *Faculty Scholarship Series Paper* 14 (2008): 17. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14.
- Sullivan, Kathleen M. "Categorisation, Balancing and Government Interests". İçinde *Public Values in Constitutional Law*, editör Stephen E. Gottlieb, 241- 266. Michigan: University of Michigan Press, 1993.
- Şenol, Ayşe Nilay "Sünnet ve ocuğun Menfaati", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no 2 (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019):
- Şirin, Tolga. "Barış için Akademisyenler Olayı ve Kanunilik İlkesinin Tahribatı", <https://www.tolgasirin.com/post/2017/08/24/bar%C4%B1%C5%9F-i%CC%87%C3%A7in-akademisyenler-olay%C4%B1-ve-kanunilik-i%CC%87lkesinin-tahribat%C4%B1> (erişim tarihi: 24.02.2022).
- ."Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, no. 17 (2020): 43-146.
- Tanör, Bülent. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. İstanbul: May Yay., 1978.
- ."Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu". BDS Yayınları, 1991.

- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 2016.
- Taramundi, Dolores Morondo, “To Discriminate in order to Fight Discrimination: Paradox or Abuse?”. İçinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 112-129. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Tsakyarakis, Stavros. “Proportionality: An Assault on Human Rights?”. *International Journal of Constitutional Law* 7, no. 3 (2009): 468- 493.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*. İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.
- Turhan, Mehmet. “Hakların Çatışması”. İçinde *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan*, 697-720. Adalet Yayınevi: Ankara, 2010.
- . “Hans Kelsen’in ‘Normatif Alternatifler Kuramı’nın Gözden Geçirilmesi”. *Anayasa Yargısı* 37, no. 1, (2020): 1–32.
- Tushnet, Murk. “An Essay on Rights”, *Texas Law Review* 62, no. 8 (May 1984): 1363-1403.
- Tümay, Murat. “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”. *Anayasa Yargısı* 32 (2015): 355-378.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı* 28 (2011): 71-82
- Uygun, Oktay. *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*. İstanbul: Kazancı, 1992.
- Uygun, Gülriz. “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (Eylül 2003) 145-176.
- Uzun, Ertuğrul. *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*. İstanbul: Nora, 2016.
- Velasco, Marina. *Conflict between Basic Rights and Balancing: Why should Judges abandon the Deontological Stance?*. Apresentação de Trabalho/Congresso, 2013.
- Vranes, Eric. “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory”, *The European Journal of International Law* 17, no.2 (2006): 395-418.
- Vural, Hasan. “Anayasada Din Özgürlüğü”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 69, 2014: 241-278.
- Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitations of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- . “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23, no. 1 (2010): 179-202.
- Winkler, Markus. *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

- Winslade, William J. “Adjudication and the Balancing Metaphor”, *Nouvelle Série 14*, no. 53/54, *Le Raisonnement Juridique: Actes Du Congrès Mondial De Philosophie Du Droit Et De Philosophie Sociale* (Mars-Juin 1971): 403-407. <https://www.jstor.org/stable/44074476>.
- Yazıcı, Hilal. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı”, *Anayasa Yargısı* 38, no. 2 (2021): 99–141.
- Yazıcı, Serap. *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye, Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2009.
- Yüce, Turhan Tûfan, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”. İçinde *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, 637-656. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1974.
- Zakariás Kinga. “Die Rechtsprechung Des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtswirkung im Privatrecht”. *Iustum Aequum Salutare V*, no. 4 (2009): 147-166. <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20094sz/07.pdf>.
- Zaatan Fatima-Zahra ve Astrid Wallrabenstein. “The Impact of the German Federal Constitutional Court on the Educational Agenda: Freedom of Faith in the German Educational System”, *CPG Online Magazine*, no. 3 (2018). <https://www.cpg-online.de/2018/05/01/the-impact-of-the-german-federal-constitutional-court-on-the-educational-agenda-freedom-of-faith-in-the-german-educational-system/>. (erişim tarihi: 20.02.2022).
- Zucca, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the US*. Oxford: OUP, 2007.
- . “Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas”. İçinde *Conflict between Fundamental Rights*, ed. Eva Brems, 19-37. Antwerp, Oxford ve Portland: Intersentia, 2008. <https://ssrn.com/abstract=1154528>.
- . “Law, Dilemmas, and Happy Endings”, içinde *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, ed. Stijnt Smet ve Eva Brems, 95- 111. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- Anayasa Mahkemesi, 27 Kasım 1979 tarih ve E. 1979/9, K. 1979/44 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, sayı 17: 332-348.
- Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1995 tarih ve E.1995/17, K.1995/16 sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* Sayı 31, Cilt 2: 538-555.
- Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 tarihli E.1990/25, K.1991/1 sayılı Karar, RG, 05.03.1992, 21162.
- Anayasa Mahkemesi, 20 Ocak 1993 tarihli E. 1992/36, K. 1993/4 sayılı Karar, RG 19.03.1993, 21529.
- Anayasa Mahkemesi, 20 Mart 2002 tarihli E. 2000/48, K. 2002/36 sayılı Karar, RG, 01.06.2002, 24772.

Anayasa Mahkemesi, 15 Ekim 2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı Karar, RG, 12 Aralık 2003, Sayı 25314.

Anayasa Mahkemesi, 13 Mart 2006 tarih ve E.2006/21, K. 2006/38 sayılı Karar, RG, 11 Aralık 2007, Sayı 26727.

Anayasa Mahkemesi, 6 Ocak 2011 tarihli E. 2010/58, K. 2011/8 sayılı Karar, RG, 26 Şubat 2011, 27858.

Anayasa Mahkemesi, 24 Mayıs 2012 tarihli ve E. 2011/134, K. 2012/83 sayılı Karar, RG, 13 Şubat 2013, 28558.

Anayasa Mahkemesi, 1 Kasım 2012 tarihli E. 2010/83, K. 2012/169 sayılı Karar, RG, 22 Şubat 2013, 28567.

Anayasa Mahkemesi, 26 Aralık 2013 tarih ve E. 2013/57, K. 2013/162 sayılı karar, RG, 12.12.2014, 29203.

Anayasa Mahkemesi, 7 Eylül 2016 tarihli ve E. 2015/102, K. 2016/151 sayılı Kararı, RG, 18.10.2016, 29861.

Anayasa Mahkemesi, 23 Kasım 2016 tarih ve E.2016/46, K.2016/178 sayılı Karar, RG, 13 Aralık 2016, Sayı 29917.

Anayasa Mahkemesi, 28 Mart 2018 tarihli ve E. 2017/120, K. 2018/33 sayılı Kararı, RG, 20 Nisan 2018, 30397

AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No. 2013/2187, 19/12/2013.

AYM, *Erol Aydeğer Başvurusu*: B. No. 2013/4784, 7/3/2014.

AYM, *Sinem Hun*, B. No. 2013/5356, 8/5/2014.

AYM, *İlhan Cihaner (2)*, B. No. 2013/5574, 30/6/2014.

AYM, *Nilgün Halloran*, B. No. 2012/1184, 16/7/2014.

AYM, *Türkiye Emekliler Derneği*, B. No. 2012/1035, 17/7/2014.

AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No. 2014/5836, 16/4/2015.

AYM, *Esra Nur Özbey*, B. No. 2013/7443, 20/5/2015.

AYM, *Tansel Çölaşan*, B. No. 2014/6128, 7/7/2015.

AYM, *Hüseyin Özkıral*, B. No. 2014/13399, 16/9/2015.

AYM, *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No. 2013/8503, 27/10/2015.

AYM, *Ali Suat Ertosun (8)*, B. No. 2014/4479, 5/11/2015.

AYM, *Veysel Kaplan*, B. No. 2015/9192, 2/12/2015.

AYM, *Orhan Yüksel* [GK], B. No. 2013/604, 10/12/2015.

AYM, *N.B.B.* [GK], B. No. 2013/5653, 3/3/2016.

AYM, *Ömür Kara ve Onursal Özbek*, B. No. 2013/4825, 24/3/2016.

AYM, *Ufuk Rifat Çobanoğlu*, B. No. 2014/6971, 1/2/2017.

AYM, *Hakan Yiğit Kararı*, B. No. 2015/3378, 5/7/2017.

AYM, *Faik Tari ve Sultan Tari*, B. No. 2014/12321, 20/7/2017.
AYM, *Nuran Çıkar*, B. No. 2014/10761, 13/9/2017.
AYM, *Birgöl Pişkin ve diğerleri*, B. No. 2014/2085, 26/10/2017.
AYM, *Dilan Ögüz Canan* [GK], B. No. 2014/20411, 30/11/2017.
AYM, *Tansu İşler*, B. No. 2013/9799, 14/4/2018.
AYM, *Ali Abbas Yalman*, B. No. 2015/11456, 19/4/2018.
AYM, *Kemal Gözler*, B. No. 2014/5232, 19/4/2018.
AYM, *D.Ö. (4)*, B. No. 2014/3735, 12/6/2018.
AYM, *B.S.*, B. No. 2015/8491, 18/7/2018.
AYM, *Ali Galip Baltaoğlu (3)*, B. No. 2015/813, 31/10/2018.
AYM, *Meliha Siviş*, B. No. 2015/18910, 9/1/2019.
AYM, *Kenan Gül*, B. No. 2015/17892, 19/2/2019.
AYM, *E.Ü.* [GK], B. No. 2016/13010, 17/9/2020.
AYM, *Yasin Agin ve diğerleri* [GK], B. No. 2017/32534, 21/1/2021.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 1, 14 (*Südweststaat*).
BVerfGE 1, 283 (*Ladenschlußgesetze*).
BVerfGE 1, 418 (*Ahndungsgesetz*).
BVerfGE 2, 1 (*SRP-Verbot*).
BVerfGE 2, 225 (*Petitionsbescheid*).
BVerfGE 4, 7 (*Investitionshilfe*).
BVerfGE 5, 85 (*KPD-Verbot*).
BVerfGE 6, 32 (*Elfes*).
BVerfGE 6, 55 (*Steuersplitting*).
BVerfGE 6, 309 (*Reichskonkordat*).
BVerfGE 7, 89 (*Hamburgisches Hundesteuergesetz*).
BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).
BVerfGE 7, 377 (*Apotheken-Urteil*).
BVerfGE 10, 55 (*Elterliche Gewalt*).
BVerfGE 12, 1 (*Glaubensabwerbung*).
BVerfGE 12, 45 (*Kriegsdienstverweigerung I*).
BVerfGE 13, 97 (*Handwerksordnung*).
BVerfGE 17, 306 (*Mitfahrzentrale*).
BVerfGE 19, 206 (*Kirchenbausteuer*).

BVerfGE 25, 256 (*Blinkfrier*).
BVerfGE, 28, 243 (*Dienstpflichtverweigerung*).
BVerfGE, 30, 1 (*Abhörurteil*).
BVerfGE 30, 173 (*Mephisto*).
BVerfGE 32, 54 (*Betriebsbetretungsrecht*).
BVerfGE 32, 98 (*Gesundbeter*).
BVerfGE 33, 1 (*Strafgefangene*).
BVerfGE 33, 23 (*Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*).
BVerfGE, 34, 228 (*Tonband*).
BVerfGE 34, 269 (*Soraya*).
BVerfGE 35, 202 (*Lebach*).
BVerfGE 36, 264 (*Untersuchungshaft*).
BVerfGE 39, 334 (*Extremistenbeschuß*).
BVerfGE 41, 29 (*Simultanschule*).
BVerfGE 42, 143 (*Deutschland-Magazin*).
BVerfGE 45, 187 (*Lebenslange Freiheitsstrafe*).
BVerfGE 47, 46 (*Sexualkundeunterricht*).
BVerfGE 47, 327 (*Hessisches Universitätsgesetz*).
BVerfGE 49, 89 (*Kalkar I*).
BVerfGE 51, 324 (*Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*).
BVerfGE 53, 30 (*Mülheim-Kärlich*).
BVerfGE 54, 143 (*Taubernfüttern*).
BVerfGE 54, 208 (*Böll*).
BVerfGE 56, 54 (*Fluglärm*).
BVerfGE 59, 275 (*Motorradhelm*).
BVerfGE 60, 253 (*Anwaltsverschulden*).
BVerfGE 66, 116 (*Springer/Wallraff*).
BverfG (*Vorprüfungsausschuß*), 19.03.1984 - 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293.
BVerfGE 67, 213 (*Anachronistischer Zug*).
BVerfGE 75, 369 (*Strauß-Karikatur*).
BVerfGE 77, 170 (*Lagerung chemischer Waffen*).
BVerfGE 77, 240 (*Herrnburger Bericht*).
BVerfGE 78, 179 (*Heilpraktikergesetz*).
BVerfGE 79, 174 (*Straßenverkehrslärm*).

BVerfGE 80, 137 (*Reiten im Walde*).

BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*).

BVerfGE 81, 278 (293) (*Bundesflagge*).

BVerfGE 81, 298 (*Nationalhymne*).

BVerfGE 83, 130 (*Josefine Mutzenbacher*).

BVerfGE 85, 191 (*Nachtarbeitsverbot*).

BVerfGE 85, 386 (*Fangschaltungen*).

BVerfGE 86, 1 (*TITANIC/'geb. Mörder*).

BVerfGE 87, 363 (*Sonntagsbackverbot*).

BVerfGE 88, 103 (*Streikeinsatz von Beamten*).

BVerfGE 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

BVerfGE 89, 214 (*Bürgerschaftsverträge*).

BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*).

BVerfGE 93, 1 (*Kruzifix*).

BVerfGE 95, 173 (*Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*).

BVerfGE 96, 56 (*Vaterschafts Auskunft*).

BVerfGE 97, 198 (*Bundesgrenzschutz*).

BVerfGE 99, 185 (*Scientology*).

BVerfGE 103, 44 (*Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II*).

BVerfG, 05.04.2001 - 1 BvR 932/94, <https://openjur.de/u/181045.html> (erişim tarihi: 10.02.2022).

BVerfGE 105, 252 (*Glykol*).

BVerfGE 105, 279 (*Osho*).

BVerfG, 12.07.2001- 1 BvQ 28/01 -, Rn. 1-28, http://www.bverfg.de/e/qk20010712_1bvq002801.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

BVerfG, 16.08.2002- 1 BvR 1241/97-, Rn. 1-25, http://www.bverfg.de/e/rk20020816_1bvr124197.html (erişim tarihi: 05.05.2022).

BVerfGE 107, 150 (*Sorgeerklärungen*).

BVerfGE 108, 282 (*Kopftuch*).

BVerfG, 30.07.2003 - 1 BvR 792/03 -, Rn. 1-27, http://www.bverfg.de/e/rk20030730_1bvr079203.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

BVerfGE 111, 147 (*Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot*).

BVerfGE 127, 132 (*Elternrecht des Vaters*).

BVerfGE 138, 296 (*Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen*).

BVerfG, 31.03.2013 - 1 BvR 1314/11 -, Rn. 1-26,
http://www.bverfg.de/e/rk20130331_1bvr131411.html (erişim tarihi: 03.02.2022).

BVerfG, 11.04.2018 - 1 BvR 3080/09 -, Rn. 1-58,
http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009.html (erişim tarihi: 13.04.2022).

BVerfG, 10.04.2020- 1 BvQ 28/20 -, Rn. 1-16,
http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html (erişim tarihi: 03.02.2022).

BVerfG, 15.04.2020- 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19,
http://www.bverfg.de/e/rk20200415_1bvr082820.html (erişim tarihi: 03.03.2022).

BVerfG, 29.04.2020- 1 BvQ 44/20 -, Rn. 1-19,
http://www.bverfg.de/e/qk20200429_1bvq004420.html (erişim tarihi: 03.04.2022).

BVerfG, 19.11.2021- 1 BvR 781/21 -, Rn. 1-306,
http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr078121.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

BVerfG, 19.11.2021- 1 BvR 971/21 -, Rn. 1-222,
http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr097121.html (erişim tarihi: 04.04.2022).

AİHM Kararları

AİHM, *Handyside v. Birleşik Krallık*, B. No. 5493/72, 7.12.1976.

AİHM, *Ireland v. Birleşik Krallık*, B. No. 5310/71, 18.01.1978.

AİHM, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya*, B. No. 13470/87, 20.09.1994.

AİHM, *Jersild v. Danimarka*, B. No. 15890/89, 23.09.1994.

AİHM, *Lehideux & Isorni v. Fransa*, B. No. 24662/94, 23.09.1998.

AİHM, *Odievre v. Fransa*, B. No. 42326/98, 13.02.2003.

AİHM, *Von Hannover v. Almanya*, B. No. 59320, 24.06.2004.

AİHM, *W.P. ve diğeri v. Polonya*, B. No. 42264/98, 2.09.2004.

AİHM, *Norwood v. Birleşik Krallık*, B. No. 23131/03, 16.10.2004.

AİHM (Büyük Daire), *Evans v. Birleşik Krallık*, B. No. 6339/05, 10.04.2007.

AİHM, *Pretty v. United Kingdom*, B. No. 2346/02, 29.04.2002.

AİHM, *Sinan Işık v. Türkiye*, B. No. 21924/05, 2.02.2010.

AİHM, *Haas v. İsviçre*, B. No. 31322/07, 20.01.2011.

AİHM, *Axel Springer AG v. Almanya*, B. No. 39954/08, 7.02.2012.

AİHM, *Rujak v. Hırvatistan*, B. No. 57942/10, 2.10.2012.

AİHM, *Eweida and Others v. Birleşik Krallık*, B. No. 48420/10, 36516/10, 51671/10, and 59842/10, 15.01.2013.

AİHM, *Gross v. İsviçre*, B. No. 67810/10, 14.05.2013.

AİHM, *Wegrzynowski and Smolczewski v. Polonya*, B. No. 33846/07, 16.07.2013.

AİHM, *Perinçek v. İsviçre*, B. No. 27510/08, 15.10.2015.

AİHM, *Kılıçdaroğlu v. Türkiye*, B. No. 16558/18, 19.04.2021.

Diğer Kararlar

BVerwG, 15.12.1953 - I C 90.53, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/c3a269ee-68ca-4fdb-985a-44c96680721b> (erişim tarihi: 9.5.2022).

BVerwG, 10.03.1954 - I C 5.53 <https://research.wolterskluwer-online.de/document/0002b1a7-f57a-4e42-853c-3004855238fa> (erişim tarihi: 9.5.2022).

U.S. Supreme Court, *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/747/> (erişim tarihi 14.05.2022).

Syndicat Northcrest v. Amselem, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2161/index.do> (erişim tarihi 26.03.2022).

The UK Court of Appeal 22.9.2000 B1/2000/2969.
<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/03/EWCA-2000-In-re-A-Children.pdf> (erişim tarihi: 4.12.2021).

Diğer Kaynaklar

<https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 4.4.2020, 18.06.2022).

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf> (erişim tarihi: 6.4.2020).

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Begrenzung> (erişim tarihi:08.04.2020).

<https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/almanca> (erişim tarihi: 08.04.2020).

<https://www.duden.de/rechtschreibung/beeintrachtigen> (erişim tarihi: 8.4.2020).

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf> (erişim tarihi: 8.4.2020).

Basic Law for the Federal Republic of Germany, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (erişim tarihi: 8.4.2020).

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar Schüller, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>/<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (erişim tarihi: 8.4.2020).

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Inanspruchnahme> (erişim tarihi: 10.4.2020).

<https://www.toki.gov.tr/kurulus-ve-tarihce> (erişim tarihi: 05.05.2020).

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (erişim tarihi: 7.12.2021).

<https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (erişim tarihi: 18.10.2021).

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (erişim tarihi: 7.12.2021).

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (erişim tarihi: 9.05.2022).

İsviçre Anayasası: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/201405180000/101.pdf> (erişim tarihi: 21.9.2020).

Türkçe metin için bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/isvicre.pdf> (erişim tarihi: 21.9.2020).

Portekiz Anayasası İngilizce metin <https://dre.pt/part-i> (erişim tarihi: 21.9.2020)

Portekiz Anayasası Türkçe metin <https://silo.tips/download/portekz-cumhuryet-anayasasi> (erişim tarihi: 21.9.2020).

<https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (erişim tarihi: 23.02.2022).

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (erişim tarihi: 9.02.2022).

[https://de.wikipedia.org/wiki/Mars_\(Schokoriegel\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Mars_(Schokoriegel)) (erişim tarihi: 23.02.2022).

https://www.buzer.de/1631d_BGB.htm (erişim tarihi: 26.02.2022).

https://tr.wikipedia.org/wiki/Pareto_verimlili%C4%9Fi (erişim tarihi: 26.03.2022).

Wikipedia, “Jud Süß”, https://en.wikipedia.org/wiki/Jud_S%C3%BC%C3%9F (erişim tarihi: 02.05.2022).

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Sukot> (erişim tarihi 26.03.2022).

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/de> (erişim tarihi: 2.5.2022).

https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2, (erişim tarihi: 14.04.2022).

Urteil im Strafrecht Blog, “Richtervorbehalt”, <https://www.strafrecht-bundesweit.de/strafrecht-blog-tag/richtervorbehalt/> (erişim tarihi: 12.05.2022).

ÖZGEÇMİŞ

Adı-Soyadı	Sibel		Yılmaz Coşkun
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı	İngilizce- Almanca		
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2004	2008	Kalaba Anadolu Lisesi
Lisans	2008	2012	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2012	2015	Bursa Uludağ Üniversitesi
Doktora	2015	2022	Bursa Uludağ Üniversitesi
Çalıştığı Kurum (lar)	Başlama - Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.	2013-		Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yayımlar:	<p>Yılmaz S, “Protection of Refugees’ Rights Arising out of the International Protection Procedure from the view of Turkish Constitutional Court’s Individual Application Decisions”, <i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i> 68, sayı 3 (2019):707 – 752.</p> <p>Yılmaz S, “Modern Yurттаşlığın İstisnaları: Hannah Arendt ve Giorgio Agamben’in Görüşleri Çerçevesinde İnsan Haklarının Eleştirisinde Mülteciler ve Kamplar”, <i>Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi</i> 73, sayı 3 (2018): 763– 786.</p> <p>Yılmaz S, “ ‘İstisna Hali’ Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması Schmitt ve Agamben’in Teorileri Hakkında Bir Çalışma”, <i>TBB Dergisi</i>, sayı 132 (2017): 383-410.</p> <p>Yılmaz S, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Vergi Affı”, <i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i> 66, sayı 1 (2017): 263-301.</p> <p>Yılmaz S, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında İdari Yaptırımlar, içinde <i>Kabahat Hukuku Yazıları 1</i>, Zeynel Kangal (ed.), Onikilevha Yayınları, 2017.</p> <p>Yılmaz S, <i>Kitlesel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı</i>, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.</p>		

Yayınlar:	<p>Yılmaz S, “Yüreğin Sınırlarından Ulus Devletlerin Sınırlarına: ‘Bir Ada Hikâyesi’”, Edebiyat ve Hukuk Sempozyumunda sunulan bildiri, (Umut Vakfı), http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_7f00a7a3930545f98cf0232160ad68ac.pdf (2013).</p> <p>Yılmaz S, “Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusu”, http://umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_03_SibelY%C4%B1lmaz_demokratik%20hukuk%20devletinde%20sivil%20itaatsizlik%20olgusu.doc (2011).</p>
Bildiriler	<p>Yılmaz S, “Temporary Protection Regime During Mass Influx: Turkey Case Study”, <i>6th Istanbul Human Security Conference 2016</i> (‘The Human Security Implications of the Refugee Crisis: Evaluating Current Policies and Discussing Potential Solutions’) (19 October 2016).</p>
Diğer:	
İletişim (e-posta):	
	<p style="text-align: right;">Tarih: İmza: Adı-Soyadı:</p>